

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCIANA PEDROSO XAVIER

**O DIREITO BRASILEIRO À PROCURA DE UM CONCEITO:
ENCONTROS E DESENCONTROS COM O *TRUST***

CURITIBA

2016

LUCIANA PEDROSO XAVIER

**O DIREITO BRASILEIRO À PROCURA DE UM CONCEITO:
ENCONTROS E DESENCONTROS COM O *TRUST***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, Área de concentração: Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

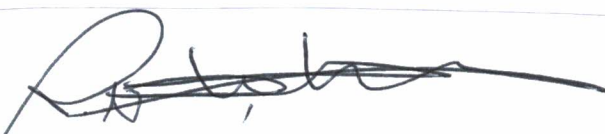
2016

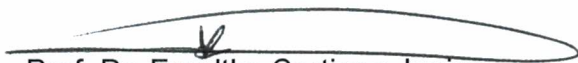
TERMO DE APROVAÇÃO

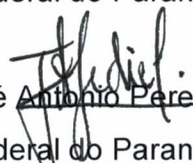
LUCIANA PEDROSO XAVIER

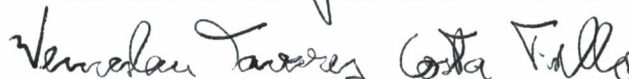
O DIREITO BRASILEIRO À PROCURA DE UM CONCEITO:
ENCONTROS E DESENCONTROS COM O *TRUST*

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Prof. Dr. Tit. José Antônio Peres Gediel
Universidade Federal do Paraná - UFPR


Prof. Dr. Venceslau Tavares da Costa Filho
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE


Prof.ª Dr.ª Véra Maria Jacob de Fradera
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Curitiba, 05 de outubro de 2016.

*À IRACEMA DE SOUZA BELLO (in memoriam),
minha bisavó, madrinha e primeira professora,
por acreditar em meu potencial desde a tenra infância
e por despertar meu interesse pelo estudo.*

AGRADECIMENTOS

A elaboração e a defesa de uma tese de doutorado é um momento singular na vida de um pesquisador. Quando pensado por aquele que está no início da caminhada, significa metaforicamente chegar ao topo da montanha do saber. Evidentemente, em razão disso, a grandiosidade do percurso reserva toda a sorte de desafios, os quais, por vezes, são paralisantes.

Para além do terreno a ser trilhado, é certo que a caminhada reflete o tom, o ritmo, daquele que nela está. Toda jornada é feita de encruzilhadas e, por isso, de escolhas. Assim sendo, cabe destacar uma importante nota pessoal. Esta pesquisadora decidiu desbravar o caminho sem atalhos, de modo que chegasse ao ponto final efetivamente transformada do ponto de vista pessoal e acadêmico. Os riscos que essa decisão traz foram mitigados pelo desejo fidedigno de contribuir para o aprimoramento do tema investigado.

Eventos recentes no Brasil confirmam que o país se encontra assolado pela corrupção, presente em diversas facções partidárias. Chama atenção os quase rotineiros episódios de descaso e de abuso com os bens públicos. Assim, quem tem o privilégio de se doutorar em uma universidade pública, gratuita e de qualidade (como é o caso da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná) deve estar comprometido com um ideal de transformação da sociedade e do Direito.

Tendo emergido com a pior conotação possível a partir da cobertura midiática destes episódios recentes de corrupção, o tema dos *trusts* merece análise mais profunda e que o afaste maniqueísmos estéreis. Eis então que surgem os principais obstáculos que fizeram com que a caminhada muitas vezes parecesse peregrinação: dificuldades de acesso a obras raras, antigas e estrangeiras; complexidade inerente às traduções; a perpetuação de mitos pela literatura jurídica; certa lacuna doutrinária do tema no Brasil; dentre tantas outras.

Fui verdadeiramente agraciada por desfrutar de um ambiente acadêmico pujante na Santos Andrade, com professores de direito civil e com grupos de pesquisa tão instigantes. Registro em especial meu mais sincero agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

Tiveram também especial participação neste trabalho os docentes que gentilmente participaram da banca de avaliação da tese, Prof.^a Dr.^a Véra Maria Jacob de Fradera, Prof. Dr. Titular José Antônio Peres Gediel, Prof. Dr. Eroutlhs Cortiano Júnior e Prof. Dr. Venceslau Tavares Costa Filho.

Da mesma maneira, agradeço aos Professores Jan Peter Schmidt e Francesco Macario pelas conversas e indicações bibliográficas quando das minhas duas estadas em Hamburgo no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*. Pela impossibilidade de nomear todos, deixo o registro de minha alegria ao poder compartilhar com tantos colegas e alunos meus principais questionamentos. Por todos, faço-o em nome de Luciano de Camargo Penteado (levarei sempre na memória nossas últimas conversas em 2015 na biblioteca do Congresso Nacional em Washington e, logo depois, em Recife).

Agradeço pela cuidadosa revisão do texto e formatação final, respectivamente, ao Prof. Dr. Benedito Costa Neto Filho e a Léia Rachel Castellar. Pelo auxílio nas traduções, sou grata aos professores Gracia Montilla, Geraldo Polla e Raquel Tosta Padilha e Elisete Antoniuk.

Ora, a despeito dos obstáculos, a caminhada também oferece momentos de passeio, de alegria pelas boas surpresas. Renovo meus votos de admiração e de orgulho pelos ingressos do Guilherme, da Marília e do William como professores substitutos dessa casa.

Por fim, não poderia deixar de registrar minha imensa gratidão aos meus familiares, sócios e colegas de escritório, sem os quais a elaboração do trabalho não seria possível. Faço os agradecimentos em nome de Mara Catarina Mesquita Lopes Leite, sempre carinhosa e atenciosa comigo. Ao Guilherme, agradeço pelo carinho e apoio incondicional durante essa jornada. À minha irmã Silvia e minha mãe Rosa Maria, sou grata pelo companheirismo e compreensão nos momentos de ausência.

Eis que o ponto final da caminhada, o topo da montanha, transmuta-se em mero trecho de um trajeto muito maior. Para o pesquisador, de natureza sempre inquieta e questionadora, os desafios se renovam constantemente dentro do tecido inerentemente mutável da vida.

*When you set out for your journey to
Ithaca, pray that the road is long, full of
adventure, full of knowledge.*

Konstantínos Kaváfis

RESUMO

Esta tese investiga e discute a definição de *trust*. Parte da origem histórica peculiar dessa figura na Inglaterra pós-conquista normanda no período medieval. Em seguida, examina as situações político-culturais que embasaram seu desenvolvimento e propagação no decorrer dos séculos. Analisa as iniciativas que pretenderam internacionalizar os *trusts*, destacando-se a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento. Classifica-os, na forma plural, pois se defende ser o mais correto falar em *trusts*, apontando suas diversas modalidades e possibilidades. Em paralelo, compara os *trusts* a demais institutos jurídicos, expondo suas similitudes e diferenças basilares. Adota o posicionamento de que a principal característica dos *trusts* na contemporaneidade é o fato de se predicarem como patrimônio de afetação. Por essa razão, apresenta as diversas modalidades de patrimônios de afetação existentes atualmente na legislação brasileira, para demonstrar a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com esse instituto. Sustenta que o *trust* não apenas se encaixa perfeitamente à realidade hodierna brasileira como inclusive já é parcialmente regulado pela legislação vigente. Defende, da mesma forma, que os *trusts* poderiam ser perfeitamente recepcionados pelo Brasil, sendo o mais conveniente aderir à Convenção da Haia sobre *trusts* e promover a alteração correspondente no Código Civil. Com isso, a recepção dos *trusts* traria benefícios para situações delicadas como a tutela de incapazes e das pessoas com deficiência. Igualmente, permitiria regulamentar melhor as obrigações fiscais de quem investe no exterior, contribuindo para desfazer a visão, por vezes, deturpada dos *trusts*.

Palavras-chave: *Trusts*. Patrimônio de afetação. Fidúcia. Direito comparado.

ABSTRACT

This thesis investigates and discusses the definition of trust. It starts its analysis from the peculiar historical origin of this figure in the post-Norman conquest of England in the Middle Ages. It then examines the political and cultural situations that supported the development of trusts and their propagation over the centuries. It analyzes the initiatives intended to internationalize trusts, especially the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. It classifies them in a plural form, as it stands be more correct to speak of trusts rather than "the trust", pointing to their diverse forms and possibilities. In parallel, it compares trusts to other legal institutions, exposing their similarities and fundamental differences. It adopts the position that the main characteristic of trusts nowadays is that they are predicated as patrimony of affectation. For this reason, it presents the different types of existing patrimonies of affectation currently under Brazilian law, to demonstrate the compatibility of the Brazilian legal system with that institute. It maintains that trusts not only fit perfectly into today's Brazilian reality but also are already partially regulated by law. It argues in the same way that trusts could be perfectly receptioned by Brazil, and the most convenient way to do so would be acceding to the Hague Convention on Trusts and promoting the corresponding change in the Civil Code. Thus, the reception of the trusts would benefit delicate situations such as the protection of incompetents and persons with disabilities. Also, it would better regulate the tax obligations of those who invest abroad, contributing to undo the sometimes misrepresented vision of trusts.

Keywords: Trusts. Patrimony of affectation. *Fiducie*. Comparative law.

RÉSUMÉ

Cette étude analyse la définition de *trust*. Le point départ est l'origine historique propre de cette configuration en Angleterre post-conquête normande au Moyen Age. Ensuite, elle analyse les situations politico-culturelles sur lesquelles ont été basées son développement et sa diffusion le long des siècles. Elle analyse aussi les initiatives qui aspiraient à internationaliser les *trusts*, mettant en évidence la Convention de la Haye relative à la loi applicable au *Trust* et à sa reconnaissance. Ils sont classés, au pluriel, car on croit que c'est le plus juste parler de trusts, signalant leurs différentes modalités et possibilités. En même temps, on compare les *trusts* à d'autres instituts juridiques, en présentant leurs ressemblances et leurs différences fondamentales. Notre position est que la caractéristique principale des trusts dans la contemporanéité est qu'ils sont comme patrimoine d'affectation. En raison de cela, cette étude présente les différentes modalités de patrimoines d'affectation existant de nos jours dans la législation brésilienne pour démontrer la compatibilité de l'ordonnement juridique brésilienne avec cet institut. On soutient que le *trust* non seulement s'insère parfaitement à la réalité actuelle brésilienne comme aussi est presque réglé par la législation en vigueur. On soutient également que les trusts pourraient être mis en place au Brésil en adoptant la Convention de la Haye sur les *trusts* et promouvoir le changement du Code Civil. Ainsi, l'accueil aux *trusts* contribuerait à des situations difficiles comme la tutelle des incapables et des handicapés. D'autre part, il permettrait mieux régler les charges fiscales de celui qui investit à l'étranger, aidant à changer la vision des fois erronée des *trusts*.

Mots-clé: *Trusts*. Patrimoine d'affectation. Fiducie. Droit comparé.

RIASSUNTO

La tesi indaga e discute la definizione di *trust*. Parte dall'origine storica peculiare di questa figura in Inghilterra post-conquista normanna nel Medioevo. In seguito, esamina le situazioni politiche e culturali che hanno sostenuto il suo sviluppo e propagazione nel corso dei secoli. Analizza le iniziative che hanno voluto internazionalizzare i *trusts*, in particolare la Convenzione dell'Aia sulla Legge Applicabile al *Trust* e il suo Riconoscimento. Li classifica, in forma plurale, dato che si difende di essere più corretto parlare in *trusts*, indicando le sue diverse forme e possibilità. In parallelo, mette a confronto i *trusts* ad altre istituzioni giuridiche, esponendo le loro somiglianze e le differenze fondamentali. Adotta la posizione che la principale caratteristica dei *trusts* al giorno d'oggi è che si predicano come patrimonio di affettazione. Per questo motivo, esso presenta le diverse modalità di patrimonio di affettazione esistente attualmente nella legislazione brasiliana, per dimostrare la compatibilità del sistema giuridico brasiliano con tale istituto. Essa sostiene che il *trust* non solo si adatta perfettamente alla realtà odierna brasiliana come inclusivo è già parzialmente regolato dalla legislazione vigente. Difende, nello stesso modo, che i *trusts* potrebbero essere perfettamente accolti dal Brasile, essendo il più conveniente aderire alla Convenzione dell'Aia sui *trusts* e promuovere il cambiamento corrispondente nel Codice Civile. Così, la ricezione dei *trusts* porterebbe benefici alle situazioni delicate come la tutela di incapaci e delle persone con disabilità. Permetterebbe ugualmente disciplinare meglio gli obblighi fiscali di coloro che investono all'estero, contribuendo per annullare la visione, a volte, travisata dei *trusts*.

Parole chiave: *Trusts*. Patrimonio di affettazione. Fiducia. Diritto comparato.

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser These wird der Begriff von *trust* geforscht und auseinander gesetzt. Es geht von der besonderen historischen Herkunft dieser Figur in England nach der normannischen Eroberung im Mittelalter aus. Des Weiteren werden die kulturpolitischen Situationen zu dessen Entwicklung und Ausbreitung im Laufe der Jahrhunderte erarbeitet. Es werden die Initiativen zur Internationalisierung von *trusts* unter Hervorhebung des Haager Übereinkommens über das dem Trust anzuwendendes Gesetz und dessen Anerkennung analysiert. Sie werden pluralistisch eingeordnet, denn es ist korrekter von *trusts* unter dessen verschiedenen Modalitäten und Möglichkeiten zu sprechen. Im Zusammenhang werden die *Trusts* mit den anderen Rechtsinstituten unter deren Ähnlichkeiten und Grundunterschieden verglichen. Es vertritt die Stellungnahme, dass das Hauptmerkmal von *trusts* in der Aktualität die Vermögenszuweisung ist. Aus diesem Grund werden die verschiedenen Modalitäten von Vermögenszuweisungen in den brasilianischen Gesetzen dargestellt, um die Anpassung der brasilianischen Rechtsordnung diesem Rechtsinstitut zu beweisen. Es wird behauptet, dass der *trust* nicht nur der brasilianischen Realität anpasst, sowie auch in den geltenden Gesetzen zum Teil geregelt ist. Somit wird es verteidigt, dass die *trusts* in Brasilien anzunehmen sind, wobei es passender wäre, wenn Brasilien dem Haager Übereinkommen beitrifft, damit das Zivilgesetzbuch geändert werden kann. Somit würde die Annahme von *trusts* den heiklen Situationen, wie der Vormundschaft von Rechtsunfähigen und von Behinderten, Vorteile bringen. Gleichermäßen könnten die Steuerpflichten von denen, die im Ausland investieren, besser reglementiert werden, was dazu beitragen kann, die verkehrte Meinung über *trusts* zu überwinden.

Stichworten: *Trusts*. Vermögenszuweisung. Treuhand. Rechtsvergleichung.

RESUMEN

En esta tesis se investiga y se discute la definición de *trust*. El punto de partida es el origen histórico peculiar de esa figura en la Inglaterra de la post-conquista normanda durante la Edad Media. A continuación, se examina la situación político-cultural que fundamenta su desarrollo y propagación a lo largo de los siglos. Se analizan las iniciativas que han pretendido internacionalizar los *trusts*, en especial la del Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento. Los clasifica, con la forma en plural, puesto que se defiende que lo más correcto es hablar de *trusts*, distinguiendo sus diversas modalidades y posibilidades. Simultáneamente, se compara los *trusts* a las demás instituciones jurídicas, y se plantean las semejanzas y diferencias que tienen por base. Se adopta la posición de que la principal característica de los *trusts* en la contemporaneidad es el hecho de que se prediquen como patrimonio de afectación. Por ese motivo, se plantean las diversas modalidades de patrimonios de afectación que actualmente existen en la legislación brasileña, para demostrar la compatibilidad del ordenamiento jurídico brasileño con esta institución. Se sustenta que el *trust* no solo se encaja a la perfección con la realidad hodierna brasileña, sino que incluso ya se encuentra parcialmente regulado en la legislación en vigor. Asimismo, se defiende que los *trusts* se podrían reconocer perfectamente en Brasil, y por lo tanto quizá lo más conveniente sea adherirse al Convenio de la Haya sobre los *trusts* y promover la correspondiente modificación del Código Civil. De esta forma, el reconocimiento de los *trusts* sería beneficioso para determinadas situaciones delicadas como la tutela de incapaces y de personas con discapacidad. Además, permitiría regular mejor las obligaciones fiscales de quien invierte en el extranjero, y contribuir para acabar con la idea equivocada que a veces se tiene sobre los *trusts*.

Palabras clave: *Trusts*. Patrimonio de afectación. Fiducia. Derecho comparado.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

QUADRO 1 - RELAÇÃO DE EMENDAS APRESENTADAS À CÂMARA DE DEPUTADOS PROPONDO A ALTERAÇÃO DO § 1.º DO ART. 518 DO ENTÃO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	175
QUADRO 2 - QUADRO COMPARATIVO ENTRE O ART. 475-Q DO CPC/73 E O ART. 533 DO CPC/2015	176
FIGURA 1 - TAXA DE FECUNDIDADE TOTAL, SEGUNDO AS GRANDES REGIÕES - 1940/2010	244
FIGURA 2 - ESTADOS ONDE HOVE ALTERAÇÃO NA COBRANÇA DO IMPOSTO SOBRE HERANÇA E DOAÇÕES – 29/01/2016.....	272

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	17
	CAPÍTULO I - ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO <i>TRUST</i>	23
1.1	PRIMEIRAS NOÇÕES SOBRE O <i>TRUST</i>	23
1.2	O <i>TRUST</i> COMO INSTITUTO DECORRENTE DA HISTÓRIA DA TRADIÇÃO <i>COMMON LAW</i>	27
1.3	A QUERELA FRANCISCANA E OS NOVOS CONTORNOS DO DOMÍNIO.....	43
1.4	O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS <i>TRUSTS</i>	56
	CAPÍTULO II - O ESFORÇO PARA A ESTIPULAÇÃO DE UM CONCEITO INTERNACIONAL DE <i>TRUST</i>	59
2.1	A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE A LEI APLICÁVEL AO <i>TRUST</i> E A SEU RECONHECIMENTO	59
2.2	INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS	91
2.3	RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE <i>TRUSTS</i> PELO DIREITO BRASILEIRO.....	96
2.4	O PROJETO DE QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA	99
2.5	A EXPERIÊNCIA ITALIANA	112
	CAPÍTULO III - CLASSIFICAÇÕES DOS <i>TRUSTS</i>	120
3.1	CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FORMAÇÃO DOS <i>TRUSTS</i>	120
3.2	CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FINALIDADE	129
3.3	CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO MOMENTO DE CRIAÇÃO.....	133
3.4	CLASSIFICAÇÃO QUANTO À REVOGABILIDADE DO <i>TRUST</i>	135
3.5	CLASSIFICAÇÃO QUANTO À LIBERALIDADE DO <i>TRUSTEE</i>	136
3.6	A PROFUSÃO DAS MODALIDADES DE <i>TRUSTS</i>	138
	CAPÍTULO IV - A SINGULARIDADE DOS <i>TRUSTS</i> E SEU COTEJO COM INSTITUTOS ASSEMELHADOS	139
4.1	ENFITEUSE E <i>TRUST</i>	139
4.2	FIDEICOMISSO E <i>TRUST</i>	146
4.3	SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO.....	153
4.4	PATRIMÔNIOS DE AFETAÇÃO	159
4.4.1	O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária.....	159
4.4.2	Os patrimônios de afetação no Código de Processo Civil de 2015	171

4.4.2.1	A constituição de capital para garantia de prestação alimentícia decorrente de ato ilícito (artigo 533 do CPC/2015).....	172
4.4.2.2	A impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária (artigo 833, XII do CPC/2015).....	181
4.4.2.3	Críticas às disposições do CPC/ 2015	186
4.4.3	As diferenças entre a sociedade de propósito específico e o patrimônio de afetação	188
4.5	SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO	192
4.6	SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS E REGIME FIDUCIÁRIO	198
4.7	EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA	203
4.8.	O PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 487/2013 (NOVO CÓDIGO COMERCIAL) E O CONTRATO FIDUCIÁRIO	207
4.8.1.	Uma situação inusitada: a duplicidade de projetos que almejam um Novo Código Comercial.....	207
4.8.2.	Críticas doutrinárias à instituição de um novo Código Comercial.....	209
4.8.3.	O contrato fiduciário previsto no PLS n.º 487/2013 de Novo Código Comercial	214
	CAPÍTULO V - O RECONHECIMENTO DOS <i>TRUSTS</i> PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS PERSPECTIVAS PARA A RECEPÇÃO DESSA FIGURA NO BRASIL.....	220
5.1	O TRATAMENTO DOS <i>TRUSTS</i> NA LEGISLAÇÃO FISCAL BRASILEIRA E OS DESAFIOS CRIADOS PELA SUA ESTIGMATIZAÇÃO	220
5.1.1	<i>Trusts</i> , uma realidade jurídica brasileira	220
5.1.2	A normatização do regime de Capitais Brasileiros no Exterior	224
5.1.3	A Lei de Repatriação de Divisas.....	229
5.1.4	O mau uso de <i>trusts</i> em paraísos fiscais para a lavagem de dinheiro.....	231
5.2	AS LACUNAS COLMATADAS PELOS <i>TRUSTS</i> NA TUTELA DOS INCAPAZES E DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	242

5.2.1.	Uma breve radiografia da família contemporânea e os desafios da proteção dos incapazes e das pessoas com deficiência em relação a <i>trusts</i>	242
5.2.2.	O regime das incapacidades captado nas legislações pátrias	247
5.2.3.	As potencialidades do <i>trust</i> na proteção dos incapazes e das pessoas com deficiência.....	259
5.3	PREMISSAS PARA A RECEPÇÃO DE <i>TRUSTS</i> NO BRASIL	273
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	283
	REFERÊNCIAS	286
	ANEXOS	325

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais fascinantes do Direito é justamente sua vastidão. Claro está: aquilo que pode provocar medo é o que também encanta. Oportuno aludir ao caso experimentado pelo herói muitas vezes humano Ulisses, que testa suas capacidades ao explorar o mar pela primeira vez. Ulisses não pode construir algo novo enquanto não superar os desafios dessa jornada. Após a conclusão de seu périplo, volta outro homem, pois se lançou ao infinito, à vastidão, à superação de seus limites. Assim foi e continua sendo esta pesquisa.

Dentre as tantas possibilidades que o Direito traz, a questão dos *trusts* exerceu forte atração desde que se deparou com essa figura. Como no caso do mar, o deslumbramento muitas vezes se reveste do medo, do receio, da dúvida, mas também do maravilhamento. Então, a opção por entender, investigar, comparar o *trust* com outros institutos presentes na legislação brasileira não foi isenta de percalços, mas oportunizou grandes aprendizados.

O caminho percorrido até a escolha final do tema da tese teve como ponto de partida o estudo das pessoas jurídicas de direito privado e sua crise de estrutura (sistema) apontada por José Lamartine Corrêa de Oliveira na obra "A dupla crise da pessoa jurídica".¹ Na visão do saudoso professor só seria considerado sujeito quem é pessoa², mas o direito positivo brasileiro da época negava – e permanece negando – tal aptidão a uma série de figuras jurídicas que se comportam como verdadeiras pessoas jurídicas, o que tornava ainda mais severa a crise sistemática por ele desvelada.³

Contudo, contemporaneamente o tema ganhou novos contornos, de modo que se verificou uma autonomização conceitual entre as categorias "pessoa", "sujeito de

¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

² Assim afirmou José Lamartine Correia de Oliveira: "Não escondemos que, para nós, a personalidade jurídica representa mero reconhecimento técnico-jurídico da realidade pré-normativa, no plano do ser. Na velha questão dos universais, nossa posição básica ainda é a do realismo moderado, em sua versão tomista. Para nós, só as pessoas são sujeitos de direito, todo sujeito de direito é pessoa, embora possa haver gradações na capacidade de direitos". (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p.551).

³ Nesse sentido, explica José Lamartine Correia de Oliveira: "3) dupla crise do instituto da pessoa jurídica: a) outras realidades e institutos jurídicos, tradicionalmente não considerados abrangidos pela categoria *pessoa jurídica*, passaram a receber, total ou parcialmente, da *praxis*, aplicação de normas que, pela doutrina dominante, só teriam sentido se tais realidades fossem consideradas pessoas jurídicas". (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979).

direito" e "ente despersonalizado".⁴ Especialmente nas duas últimas décadas, o ordenamento jurídico brasileiro passou a utilizar novas formas de autonomização patrimonial – diferentes da tipologia da pessoa jurídica – para compor arranjos de bens.

Foi nesse contexto que em sua dissertação de mestrado a autora examinou o transcurso histórico pelo qual o instituto do patrimônio passou, partindo da necessidade de historicização dos institutos, do discurso romano que se faz sobre o patrimônio, passando pelas peculiaridades do direito medieval para desembocar na modernidade codificadora, responsável por forjar um conceito jurídico de patrimônio. Em prosseguimento, foi estudada a teoria clássica do patrimônio, de autoria dos célebres autores franceses Charles Aubry e Charles Rau, do século XIX, a qual compreendia que ele era uno e indivisível. Adiante, analisou-se a teoria objetiva, que permite a divisibilidade e a pluralidade de patrimônios, possibilitando a criação de patrimônios de afetação, caracterizados por serem massas patrimoniais independentes, autorizadas por lei, unidas em razão da consecução do escopo para o qual foram criadas. Nessa oportunidade, optou-se por aprofundar o estudo da modalidade de patrimônio de afetação na incorporação imobiliária, criada pela Lei n.º 10.931/2004, que incluiu essa figura na Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliárias (Lei n.º 4.591/1964). O escopo foi traçar contornos mais nítidos ao instituto do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária, cuja função é a de minorar o déficit habitacional do país e auxiliar na concretização do direito fundamental social à moradia (art. 6.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

Após a pesquisa sobre como foi forjado o conceito jurídico de patrimônio, quais os seus contornos atuais, e quais os desafios postos ao patrimônio de afetação, sentiu-se a necessidade de aprofundar o assunto. Diante da exígua literatura jurídica brasileira sobre o tema, mostrou-se necessária uma incursão nos textos estrangeiros existentes sobre o assunto, razão pela qual a autora realizou temporada de pesquisa no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, em Hamburgo, na Alemanha, bem como utilizou o acervo da biblioteca da *Università di Torino*, na Itália. Como fruto da pesquisa, percebeu-se que o estado da arte nessa temática era

⁴ Sobre a diferença entre essas três categorias, consultar LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER JR., Freddie; EHRHARDT JR, Marcos (Org.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p.549-570.

a figura dos *trusts*, mais especificamente em seu desenvolvimento contemporâneo, que o predica como um patrimônio de afetação.

Ao se averiguar a literatura jurídica brasileira dedicada aos *trusts* e suas configurações mais atuais, percebeu-se que ainda havia lacunas a serem colmatadas e que o percurso acadêmico anteriormente pavimentado pela autora poderia viabilizar a realização de um estudo inédito sobre o tema e que pudesse oferecer uma contribuição original para a comunidade científica, ainda que singelo.

A problemática do *trust* é sem dúvida complexa, por açambarcar estudos que são ora interdisciplinares, ou seja, envolvem o diálogo entre distintas áreas do saber, e ora transdisciplinares, o que significa envolver um estudo que necessita de fio condutor entre diferentes disciplinas. Na segunda hipótese, o *leitmotiv*, ao mesmo tempo, tenta dar um princípio organizador àquilo a que se debruça, sem desconsiderar o fato de que o objeto do estudo é também um objeto em movimento.

Outro ponto relevante é o aporte no direito comparado – ainda que despretensioso – empreendido na tese. Conforme defende Rodolfo Sacco, o direito comparado não pode ser entendido como método, uma vez que inexistiria um conjunto de procedimentos único, mas sim diversos modos de se empreender a comparação.⁵ Nesse contexto, no presente trabalho são feitas a macrocomparação, ou seja, o cotejo analítico dos formantes pertencentes a diferentes tradições, assim como a microcomparação, na medida em que contrapõem sistemas pertencentes à mesma tradição.⁶ Logo, a tese não se limita ao mero cotejo formal de legislações estrangeiras.

Cabe advertir que encontrar-se-á um grande painel histórico em que o *trust* é o ator principal, do qual se narra não seu nascimento – porque certamente não há um marco zero para o seu aparecimento –, mas a descrição de seu surgimento, em momento particular na história europeia. Faz-se mister desde já esclarecer que o ponto de vista desta tese é o de que a História é viva e não admite recortes tão incisivos que a torne sem sentido, tampouco que proporcione sua utilização como discurso legitimador. Desse modo, entende-se que o *trust*, além de ser o resultado de uma

⁵ Nas palavras de Rodolfo Sacco: "Quem diz que a comparação é método, tem uma visão limitada do método da comparação (porque não observa que se podem usar mais métodos para comparar, e que não existe o método puro de comparar), quando não tem uma visão limitada dos seus escopos e do seu objeto (porque não observa, ou não conhece, o seu específico, e já desenvolvido, campo de indagação)". (SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.34).

⁶ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.47.

série de eventos, é também um conceito em mutação, o qual foi se adaptando às necessidades de cada Estado e se amalgamando a processos e práticas já existentes. Nessa digressão, alguns nomes históricos serão de mais relevância que outros, como os de dois Guilhermes: um, chamado o Conquistador, rei inglês, e outro, de Ockham, polímata franciscano, ambos personalidades do medievo com destacada importância para o estudo do *trust*.

O vasto quadro que se exporá no capítulo I será de suma importância para o esclarecimento das questões concernentes ao *trust*. Ver-se-á que essa figura decorre da história da tradição *common law*, notadamente nos lugares onde hoje se situa a Inglaterra, cujos territórios tiveram uma história específica e peculiar advinda da formatação de seus tribunais. Em paralelo, neste trecho da tese, mostra-se a razão da aproximação – muitas vezes errônea – que estudiosos portugueses fazem entre o *trust* e o chamado *use of lands*, assim como a questão não pacificada de se crer que tal mecanismo legal seja da genealogia do *fidei commissum* romano. Ainda no capítulo I, o leitor encontrará uma explicação sobre como a chamada "querela franciscana" contribuiu para a consolidação dos *trusts* e como eles paulatinamente foram reconhecidos juridicamente.

No capítulo II, mostra-se o esforço internacional para uma conceituação do *trust*, notadamente a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento, a qual teve conclusão na década de 1980. Esta foi elaborada pela Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, cujo objetivo foi o de regular o *trust*, o qual era reconhecido por alguns estados membros, em sua maioria de tradição *common law*, no entanto desconhecido na maioria dos estados de tradição *civil law*. Foram estabelecidas as características essenciais do *trust*, seu campo de aplicação, critérios interpretativos, parâmetros para o seu reconhecimento, dentre outros aspectos. Em prosseguimento, é examinada outra iniciativa de internacionalização do *trust*, o Projeto de Quadro Comum de Referência. Por fim, são tecidas considerações sobre a experiência italiana de reconhecimento dos *trusts*, a qual, por se tratar de um país pertencente à tradição *civil law*, apresenta significativas contribuições para se refletir sobre a compatibilidade dos *trusts* para além da *common law*.

O Capítulo III demonstra a profusão de modalidades de *trusts* existentes e preocupa-se com a sua classificação. Percorre um caminho que discute suas diferentes finalidades, seus respectivos momentos de criação, entre outras questões pertinentes,

sem esgotar a questão, evidentemente, pois isso seria um trabalho enciclopédico e que não era o objetivo dessa tese.

O Capítulo IV traça paralelos entre o *trust* e outras figuras, as quais por vezes são com ele confundidas: a enfiteuse, o fideicomisso, a sociedade de propósito específico, o patrimônio de afetação, a sociedade de conta de participação, a securitização de créditos imobiliários e o regime fiduciário e ainda a empresa individual de responsabilidade limitada. Tal caminho foi traçado minuciosamente, de modo a deixar bem claro que nenhuma dessas figuras "é" *trust*.

E, por fim, o Capítulo V trata do reconhecimento dos *trusts* pela legislação brasileira e as perspectivas para a recepção dessa figura no país. Para que isso fosse possível, optou-se pelo seguinte quadro: primeiramente mostrar como a figura do *trust* é estigmatizada como um recurso que serviria deliberadamente e tão somente para o cometimento de ilicitudes. A par com essa inverdade, mostra-se quanto a sociedade brasileira ganharia com a utilização da figura do *trust*, notadamente em casos como o da tutela dos incapazes e das pessoas com deficiência, devido às lacunas existentes na atual legislação. Mostra-se, desse modo, que o *trust* não é método para lavagem de dinheiro ou evasão de divisas ou, o contrário, método para repatriação de divisas, e sim uma sólida figura jurídica já em franco uso em diferentes países, com benefícios para um sem número de sujeitos da contemporaneidade e suas especificidades.

Seguem aos capítulos, a conclusão, que aponta para o entendimento de que no Brasil o instituto da subenfiteuse contempla a divisão entre domínio útil e domínio direto, demonstrando a compatibilidade do ordenamento jurídico brasileiro com o *trust* inglês. Não obstante, defende que a versão mais contemporânea do *trust* o caracteriza sobretudo como patrimônio de afetação, instituto que já existe em nosso país e que recebeu novas modalidades em recentes leis, tais como o Código de Processo Civil de 2015. Defende-se que a recepção ideal do *trust* seria por meio da adesão do Brasil à Convenção da Haia e posterior alteração do Código Civil Brasileiro.

Em paralelo, caberiam mais algumas observações.

Caso o leitor encontre alguma situação que lhe seja estranha em relação às normas técnicas da escrita propriamente dita do trabalho, isso se deverá à utilização do novo manual de normas técnicas da ABNT, da UFPR, edição de 2015.

Durante a elaboração da tese, o tema do *trust* passou a surgir na imprensa, geralmente de forma incongruente. Não estranhe, então, o leitor, a citação de revistas,

sites e entrevistas televisivas. É no interior dessa rede discursiva que surgem, muito precisamente, os equívocos sobre a noção de *trust*. *Pari passu*, ao longo da escrita da tese, muitos acontecimentos foram surgindo, em concordância com a efervescência política pela qual o Brasil passava. Desse modo, a cada parágrafo, era necessária uma revisão dos pontos, sem perder de vista que jamais haveria um estudo sério que abordasse toda e qualquer nova situação que surgisse, fosse sobre um discurso tortuoso veiculado na mídia sobre o *trust*, fosse uma decisão de algum tribunal brasileiro sobre o *trust*, fosse ainda a explicação acertada de algum especialista sobre *trust*, a qual, rara, não cabia, na maioria das vezes, na sanha da mídia por situações limite e de grande vendagem da informação. Ainda sobre a utilização desse tipo de fonte, temas como Lei de Repatriação e Estatuto da Pessoa com Deficiência – importantes itens para a defesa da tese que ora se lê – carecem de estudos mais aprofundados no meio acadêmico, dada a relativa novidade dessas questões no ordenamento brasileiro ou dada a notória capacidade de alguns eventos transformarem-se muito mais rapidamente do que os pode captar o estudo na área do Direito e suas práticas.

Faz-se mister explicar outro ponto de vista desta tese. Concorde-se com o estudioso Peter Burke⁷, para o qual o estudo de tempos antigos tem a ver com uma tradução de questões não apenas linguísticas, mas culturais. Investigar o passado é também uma tradução. A questão fica mais complexa quando o estudioso encontra no objeto de estudo outro idioma ou outros idiomas, como foi o caso dessa pesquisa. Daí o excesso de zelo em relação à questão linguística, entendida como para além da língua, ou seja, dentro de um complexo cultural maior, que envolve discursos, sentidos, valores e não apenas dados ou vocábulos do vernáculo da língua de recepção e da língua que se investiga. Por isso, o leitor encontrará nos anexos uma sugestão de tradução para a língua portuguesa da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento (Anexo 1).

Diante desse quadro, estenderam-se as possibilidades de uma pesquisa que ainda pode render muitos frutos e que, espera-se, contribua para a construção de um saber acadêmico cada vez mais sólido e sério sobre a questão do *trust* e sobre as demais questões que orbitam a seu redor.

⁷ BURKE, Peter. Culturas da tradução nos primórdios da Europa Moderna. In. BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia (Orgs.). **A tradução cultural**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Unesp, 2009.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO *TRUST*

1.1 PRIMEIRAS NOÇÕES SOBRE O *TRUST*

Uma das particularidades do tema da presente tese é a compreensão do próprio instituto do *trust*. Ao contrário de outros institutos, o *trust* é uma figura distinta de qualquer outra existente no direito brasileiro, pelo que se faz necessária a elucidação de alguns traços dessa figura jurídica. Seria esperado que a presente tese fosse inaugurada com a apresentação de um conceito jurídico sobre o *trust*, a fim de situar o leitor a respeito do que será tratado no trabalho. Contudo, a essência do *trust* reside precisamente em sua abertura conceitual. É por essa razão que a doutrina o adjetiva como "flexível", "dúctil" e "maleável". O *trust* pode ser o receptáculo para o desempenho de inúmeras funções e, apesar de possuir um padrão de estrutura, admite diversas variações.

Conforme observa Philip H. Pettit, é fácil explicar o que é um *trust*, mas árduo defini-lo satisfatoriamente.⁸ Essa dificuldade encontra sentido nas características da tradição *common law*, a qual se configura como um sistema aberto⁹, no qual não há tanto apego a conceitos.¹⁰ É comum que, mesmo em obras

⁸ PETTIT, Philip Henry. **Equity and the law of trusts**. 10.ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. p.27. Nesse mesmo sentido, Marta Morineau afirma que ante a generalidade e elasticidade do *trust*, é difícil encontrar uma definição suficientemente ampla para englobá-lo, razão pela qual preferem descrevê-lo ou explicá-lo: "*Ya que el trust es una institución general y elástica, que además cumple diversos objetivos y desempeña lo suficientemente amplia para englobarlo. De tal forma, los especialistas de la materia, más que definirlo, prefieren describirlo o explicarlo*". (MORINEAU, Marta. **Una introducción al common law**. 2.^a reimp. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p.105). Tradução livre: "Como o *trust* é um instituto geral e elástico, que também cumpre diversos objetivos e desempenha diferentes funções, é difícil encontrar uma definição suficientemente ampla para incluí-lo. Desse modo os especialistas da matéria preferem descrevê-lo ou explicá-lo, mais que defini-lo".

⁹ Conforme explica René David: "Os sistemas de direito da família romano-germânica são sistemas fechados, a *common law* é um sistema aberto, em que novas regras são continuamente elaboradas; estas novas regras baseiam-se na razão". (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.440).

¹⁰ Para Zweigert e Kötz, o que diferencia os sistemas jurídicos seria o seu estilo. "*In our view the critical thing about the legal systems is their style, for the styles of individual legal systems and groups of legal systems are each quite distinctive. The comparatist must strive to grasp these legal styles, and to use distinctive, stylistic traits as a basis for putting legal systems into groups. [...] Only 'important' or 'essential' differentiating qualities are hallmarks. [...] The following factors seem to us to be those which are crucial for the style of a legal system or legal family: (1) its historical background and development, (2) its predominant and characteristic mode of thought in legal matters, (3) especially distinctive institutions, (4) the kind of legal sources it acknowledges and the way it handles them, and (5) its ideology*". (ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Oxford: Clarendon Press, 1998. **Introduction to comparative law**. Oxford: Clarendon Press, 1998. p.67-68). Tradução livre: "Em nossa visão, o ponto crítico dos sistemas jurídicos é seu estilo, pois os estilos dos sistemas jurídicos individuais e dos grupos de sistemas

dedicadas ao estudo do *trust*, não seja fornecida uma definição ou um conceito dessa figura, mas tão somente uma noção¹¹, ou seja, a descrição de sua estrutura e modo de funcionamento.

Nesse sentido, Pettit propõe uma explicação um pouco mais abrangente ao afirmar que um *trust* existe sempre que:

*[...] equity imposes on a person (the trustee) a duty to deal with property under his control, either for the benefit of other persons (the beneficiaries or cestuis que trust), any one of whom may enforce the obligation, or for a charitable purpose, which may be enforced at the instance of the Attorney-General, or for some other purpose permitted by law though unenforceable.*¹²

Em outros termos, pode-se dizer que o *trust* configura-se quando em virtude da confiança depositada pelo instituidor do *trust*, o *trustee* tem o dever de gerir os bens que estão sob sua administração em prol dos beneficiários indicados pelo *settlor*. É possível que tal gestão deva ocorrer em benefício de uma finalidade de caridade, portanto sem um beneficiário determinado.

Outro ponto importante de ser salientado é a abstração necessária para compreender o que é um *trust*. O relato de F.W. Maitland acerca de uma passagem

jurídicos são bastante distintos. O comparatista deve esforçar-se para compreender esses estilos jurídicos, e utilizar os traços distintivos, estilísticos como base para ordenar os sistemas jurídicos em grupos. [...] Apenas as qualidades distintivas 'importantes' ou 'essenciais' são marcantes [...] Os seguintes fatores nos parecem ser cruciais para o estilo de um sistema ou de uma família jurídica: (1) seu plano de fundo e desenvolvimento histórico, (2) seu modo de pensamento predominante e característico em temas jurídicos, (3) institutos especialmente distintos, (4) as espécies de fontes jurídicas reconhecidas e a forma como são utilizadas, e (5) sua ideologia".

¹¹ "The trust is the particular obligation under which the legal title holder is to hold the property for the benefit of the equitable title holders. And this obligation is owed to the equitable title holders, so they are the ones entitled to enforce the trust obligation. So the 'equitable ownership' of the trust property is a special kind of ownership: so long as the trust is in existence, the equitable title holders take the benefit of their rights of ownership not by dealing with the trust property directly, as if they were legal owners, but indirectly, by enforcing the terms of the trust obligation against the legal owner". (PENNER, James E. **The law of trusts**. 5.ed. New York: Oxford, 2006. p.14-15). Tradução livre: "O *trust* é a obrigação particular sob a qual o titular do domínio direto deve deter o bem em benefício dos titulares do domínio útil. E esta obrigação é devida aos titulares do domínio útil, de modo que eles têm o direito de exigir a obrigação referente ao *trust*. Assim, a 'equitable ownership' dos bens do *trust* é uma categoria especial de propriedade: enquanto o *trust* existir, os titulares do domínio útil beneficiam-se dos direitos de propriedade não por lidarem diretamente com os bens do *trust*, como se titulares do domínio direto fossem, mas indiretamente, ao exigir os termos da obrigação referente ao *trust* contra o titular do domínio direto".

¹² PETTIT, Philip Henry. **Equity and the law of trusts**. 10.ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006. p.27. Tradução livre: "Com relação às considerações delineadas acima, pode-se afirmar que um *trust* existe quando a *equity* impõe a alguém (o *trustee*) um dever de administrar propriedade sob o seu controle, seja em benefício de outras pessoas (os beneficiários ou *cestuis que trust*), quaisquer dos quais podem exigir a obrigação, ou para um propósito de caridade, que pode ser exigido pelo Procurador-Geral, ou para algum outro propósito permitido pelo Direito, ainda que inexigível".

curiosa de sua vida acadêmica auxilia na compreensão do desafio que o instituto do *trust* promove nos estudiosos que decidem desbravá-lo. Em sua obra *Equity, Also, The Forms of Action at Common Law*, o professor da Universidade de Cambridge, profundo estudioso e conhecedor do tema, tentava explicar a Otto von Gierke, um dos maiores juristas alemães¹³ de todos os tempos, o que era um *trust*. Narra o professor inglês que Gierke teria respondido: "não consigo entender o seu *trust*!".¹⁴ Para juristas pertencentes a outras tradições que não a da *Common Law*, assimilar o conceito e o modo do funcionamento de um *trust* é árduo, uma vez que essa figura surgiu justamente no contexto histórico peculiar da Inglaterra do Século XI, pós-conquista normanda.

Nesse ponto, uma das premissas da tese é a adoção da posição defendida por Maitland¹⁵, e mais contemporaneamente por António Barreto Menezes Cordeiro, de que o *trust* é fruto do medievo inglês, não derivando de institutos do direito romano, canônico ou germânico.¹⁶ Em vista disso, demonstra-se a necessidade de uma digressão histórica que elucide a conjuntura que permitiu o surgimento do *trust*.

¹³ Conforme explica Otavio Luiz Rodrigues Junior: "Gierke, nascido Otto Friedrich Gierke, foi transformado nobre (*Adel*) e elevado ao pariatu prussiano em 1911, graças a seus esforços pelo fortalecimento dos valores *germanísticos*. Após isso, ele mudou seu nome para Otto von Gierke, como é mais conhecido em todo o mundo". (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A fabulosa descoberta de que existe um paraíso dos juristas (parte 1). **Consultor Jurídico**, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/5XbK1B>>. Acesso em: 19 maio 2016).

¹⁴ "Of all the exploits of Equity the largest and the most important is the invention and development of the Trust. It is an 'institute' of great elasticity and generality; as elastic, as general as contract. This perhaps forms the most distinctive achievement of English lawyers. It seems to us almost essential to civilization, and yet there is nothing quite like it in foreign law. Take up for instance the *Bürgerliches Gesetzbuch* – the Civil Code of Germany; where is trust? Nowhere. This in the eyes of an English practitioner is a big hole. Foreigners don't see that there is any hole. 'I can't understand your trust,' said Gierke to me. We must ask why this is so. Well, the trust does not fit easily into what they regard as the necessary scheme of jurisprudence". (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.23). Tradução livre: "De todas as proezas da *Equity* a maior e mais importante foi a invenção e o desenvolvimento do *Trust*. Ele é um 'instituto' de grande elasticidade e generalidade; tão elástico, tão geral quanto o contrato. Isso talvez constitua a mais distintiva realização dos juristas ingleses. Nos parece ser quase essencial à civilização, porém não há nada que se assemelhe a ele no direito estrangeiro. Tome-se por exemplo o *Bürgerliches Gesetzbuch* – o Código Civil da Alemanha; onde está o *trust*? Em lugar algum. Isso, aos olhos do operador inglês é uma grande lacuna. Os estrangeiros não enxergam qualquer lacuna. 'Eu não consigo entender esse seu *trust*!', me disse Gierke. Devemos nos perguntar por que isso ocorre. Bem, o *trust* não se encaixa facilmente naquilo que eles têm por necessário no arranjo da ciência do Direito".

¹⁵ MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.32.

¹⁶ "Conquanto se reconheça uma possível influência romanística, canônica e germânica, o *use* apresenta-se como um produto do feudalismo inglês, um passo natural numa sociedade totalmente imbuída nos conceitos e princípios do sistema". (MENEZES CORDEIRO, António Barreto. **Do Trust no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2014. p.1133).

Após a consolidação do *trust* na Idade Média, houve sua expansão para outros países. De figura aplicada ao direito de propriedade, passou a desempenhar diversas funções, sendo adjetivado por Camille Jauffret-Spinosi de "concha hospitaleira".¹⁷ Nesse cenário, mostrou-se necessária a elaboração de uma estipulação internacional do *trust*. São examinadas as iniciativas empreendidas pela Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento¹⁸ e o Projeto de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference*). Nesse âmbito, o termo *trust* passou a expressar um significado diferente do que representava em sua gênese.

Por fim, cabe esclarecer que a figura objeto do presente estudo é o *trust*, o qual não se confunde com o "truste"¹⁹, instituto pertencente ao direito concorrencial, caracterizado pela união de sociedades empresárias voltadas à concentração econômica. Para que não haja confusão entre o truste e o *trust*, optou-se pelo emprego do termo em inglês.²⁰

¹⁷ "Le trust est une institution très souple, adaptable dans les pays de common law à un si grand nombre de situations qu'il est impossible d'en donner une définition contenant ses multiples facettes. C'est un moule, une coquille hospitalière pour d'innombrables situations où un individu a des pouvoirs sur des biens qui ne lui appartiennent pas et où un autre individu a d'autres droits, plus passifs mais bien réels sur ces biens, chacun d'entre eux ayant un véritable droit de propriété, concomitant mais en principe non concurrent". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p. 23, 25, 1987). Tradução livre: "O *trust* é uma instituição muito flexível, adaptável nos países de *common law* a um número tão grande de situações que torna impossível dar uma definição contendo suas múltiplas facetas. É uma forma, uma concha hospitaleira para inúmeras situações na qual um indivíduo tem poderes sobre bens que não lhe pertencem e um outro indivíduo tem outros direitos, mais passivos mas bem reais sobre esses bens, cada um entre eles tendo um verdadeiro direito de propriedade, concomitante mas em princípio não concorrente".

¹⁸ A Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento foi concluída em 1.º de julho de 1985, tendo sido elaborada pela Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado a partir de sua 14.ª Sessão, em 1980. (OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzième session**: Trust – loi applicable et reconnaissance. Haia: HCCH, 1984. t. II. p. 370).

¹⁹ De acordo com Fabio Nusdeo: "*Truste* – Corresponde a uma modalidade de integração de empresas que originalmente utilizavam-se [...] de um instituto jurídico típico do direito anglo-saxão: o *truste* – que em inglês significa confiar.[...] Note-se que genericamente e por extensão tem-se usado a expressão *truste* para designar qualquer forma de união de empresas e de concentração econômica, tanto assim que a legislação destinada a reprimi-la é precisamente chamada de legislação antitruste, o que não deixa de constituir uma evidente impropriedade terminológica, sobretudo em países como o Brasil, onde não existe o instituto do *trust*". (NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 284-285).

²⁰ Um exemplo de tentativa de tradução malsucedido foi a reportagem abaixo, que relata trechos do depoimento do Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) Tadeu de Chiara. O referido jurista foi chamado como testemunha do ex-deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) no Conselho de Ética em virtude de seu notório saber jurídico acerca do *trust*. A reportagem imputa a Chiara declarações sobre o tema do "truste", quando na verdade ele foi ouvido para elucidar aspectos técnicos do *trust*, desvirtuando em parte suas declarações. (NASCIMENTO, Luciano. Testemunha de Cunha diz que truste não é conta, mas pode ter uso ilegal. **EBC Agência Brasil**, 17 maio 2016 Disponível em: <<http://goo.gl/QKvX2x>>. Acesso em: 17 maio 2016).

1.2 O *TRUST* COMO INSTITUTO DECORRENTE DA HISTÓRIA DA TRADIÇÃO *COMMON LAW*

A história do *trust* está intimamente ligada com o desenvolvimento da *equity* e, por consequência, da tradição *common law*. Essa relação é tão estreita que em diversos compêndios de direito comparado o instituto do *trust* é o eleito para ilustrar as particularidades da *common law*.²¹ Trata-se, portanto, de um instituto fruto do desenvolvimento da organização judiciária inglesa. No dizer do célebre professor inglês da Universidade Cambridge Frederic William Maitland, "De todas as proezas da *Equity* a maior e mais importante foi a invenção e o desenvolvimento do *Trust*".²²

Para os historiadores do direito, a origem da tradição *common law* está associada à conquista do território inglês realizada por Guilherme I (*Duke William I of Normandy*), na batalha de Hastings, em 14 de outubro de 1066. Guilherme I lutou com Haroldo Godwinson (*Harold Godwinson*) pela titularidade do trono inglês, uma vez que o Rei anterior, Eduardo, o Confessor (*Edward the Confessor*), havia falecido sem deixar herdeiros, tendo Haroldo sido coroado seu sucessor. Na Batalha de Hastings, Guilherme I chacina o exército adversário e mata o então Rei Haroldo Godwinson, passando a ser o titular da coroa. Em virtude do violento modo pelo qual Guilherme I derrotara Haroldo e se torna Rei da Inglaterra, era preciso que adotasse medidas de centralização de seu poder e de contenção de revoltas. Nesse cenário, a adoção da *common law* ocorreu especificamente para suprir esses propósitos.

Nesse contexto – início do reinado de Guilherme I – tem-se o primeiro dos três sentidos que a expressão *common law* pode expressar: tradição. Na presente tese, entende-se que a *common law* é uma tradição conforme a acepção defendida por John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo:

²¹ Conferir as seguintes obras: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.393; DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão; Isabella Soares Micali. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.99 e segs.; LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.323 e segs.; SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Pereira Cordeiro. 2.ed. São Paulo: Landy, 2006. p.59 e segs.; MORINEAU, Marta. **Una introducción al common law**. 2.^a reimp. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p.101-131.

²² "Of all the exploits of *Equity* the largest and the most important is the invention and development of the *Trust*". (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.23).

Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado.²³

Para Merryman e Pérez-Perdomo, uma tradição é formada por diversos sistemas jurídicos, os quais representam "um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes".²⁴ A partir dessa concepção, a tradição *common law* seria composta por vários sistemas jurídicos, tais como o da Inglaterra, o da Austrália e o da Nova Zelândia. Embora todos eles integrem a tradição *common law*, cada um constitui um sistema jurídico autônomo.

Desse modo, a obra de Merryman e Pérez-Perdomo tem a vantagem de deixar claro que dentro de uma mesma tradição coexistem diversos sistemas, agrupados em razão de suas similitudes, ainda que singulares entre si. Contudo, tal opção não ofusca em nenhuma medida o brilhantismo da classificação proposta anos antes pelo célebre comparatista René David e mais tarde continuado por Camille Jauffret-Spinosi.²⁵ Os autores franceses classificam os diferentes ordenamentos jurídicos em três grandes famílias: romano-germânica, *common law* e dos direitos socialistas. Não obstante, reconhecem que tais famílias não esgotam toda a complexidade do direito contemporâneo, sendo apenas um recorte dos sistemas mais proeminentes da atualidade segundo o olhar europeu.²⁶

²³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p.23.

²⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p.21.

²⁵ A obra "Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo", de René David, é certamente o grande clássico para o estudo do direito comparado. Pode-se dizer que toda uma geração de juristas teve sua primeira aproximação ao estudo do direito comparado a partir da leitura desta obra compreensiva sobre as famílias romano-germânica, *common law*, socialista, e outras concepções de ordem social e de direito. Ao final de 2014 foi publicada no Brasil a 5.^a edição da tradução desse livro. Nessa versão mais recente houve mudança substancial do texto; isso porque foi realizada a tradução para o português (feita por Hermínio A. Carvalho) da versão francesa mais atual do livro, que conta com relevantíssimas atualizações feitas pela Professora Doutora Camille Jauffret-Spinosi. O único pecado da nova edição é continuar na capa, contra-capas e catalogação da publicação a atribuição da autoria apenas a René David, não mencionando a participação de Jauffret-Spinosi senão no prefácio do livro. Ocorre que a edição francesa atribui a autoria a ambos René David e Camille Jauffret-Spinosi. Espera-se que na próxima edição tal imprecisão seja corrigida e se faça justiça à contribuição de Jauffret-Spinosi.

²⁶ "O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Porém, não há concordância sobre o modo de efetuar este agrupamento, e sobre quais famílias de

A *common law* desenvolvida na Inglaterra passou a constituir uma tradição autônoma, embora sua origem seja parcialmente vinculada ao direito romano.²⁷ Como afirma Mário Losano, antes da conquista normanda conviviam no território britânico normas germânicas e dos direitos romano e canônico. Todavia, a consolidação do reinado de Guilherme I exigia a unificação do Direito, o que foi operacionalizado pela *common law*, cujo nome expressa justamente que era o Direito que seria aplicado para todo o Reino da Inglaterra:

A unidade política da Grã-Bretanha (com exceção da Escócia) realizada por Guilherme, o Conquistador, teve como consequência direta também a unificação do direito. Esse direito unificado foi chamado 'direito comum', 'Common Law', porque substituíra os direitos particulares anteriormente em vigor.²⁸

Nesse ponto, deve-se ter cautela com o termo "direito comum". No contexto aludido por Losano é a tradução para o português da tradição – ou para o autor o sistema – *common law*. Ocorre que o emprego dessa expressão pode conduzir a confusões. É o caso do título da edição brasileira da famosa obra de Oliver Wendell Holmes Jr. No original tem-se *The Common Law*, que foi traduzido como "O direito

direitos se deve por conseguinte reconhecer. Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros julgam que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fatos de ordem social. Estas discussões fizeram correr bastante tinta; apesar disso, elas não têm muito sentido. A noção de 'família de direito' não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos. Sendo assim, todas as classificações têm o seu mérito. Tudo depende do quadro em que se coloquem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante. Não de proporão as mesmas classificações se se considerarem as coisas num nível mundial ou num nível simplesmente europeu. Considerar-se-ão as coisas de um modo diferente se nos colocamos na perspectiva do sociólogo ou do jurista. Outros agrupamentos poderão merecer aceitação, conforme o seu sentido se centrar sobre o direito público, o direito privado ou o direito penal. Iremos nos abster, por esta razão, de qualquer polémica com os autores que propuseram classificações diferentes. Limitar-nos-emos, de modo pragmático, a pôr sumariamente em relevo as características essenciais de três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação proeminente: família romano-germânica, família da *common law* e família dos direitos socialistas. Estes grupos de direitos, porém, qualquer que seja o seu valor e qualquer que possa ter sido a sua expansão, estão longe de dar conta de toda a realidade do mundo jurídico contemporâneo. Ao lado das concepções que eles representam, ou combinando-se com essas concepções, outros modos de ver relativos à boa organização da sociedade persistem e continuam a ser determinantes num grande número de sociedades". (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p.22-23).

²⁷ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.323.

²⁸ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.324.

comum". Com o devido respeito que o tradutor merece, não se entende ser possível traduzir *common law* por "direito comum", quer seja pela falta de correspondência entre esses sintagmas nominais, quer seja pelo fato de essa última expressão receber sentido completamente diverso no estudo da história do direito. A locução "direito comum" está mais próxima da tradução de *ius commune*, que significa o direito próprio da Idade Média, mais especificamente do segundo medievo (século XI), caracterizado por sua pluralidade e assistemática, baseado nos direitos romano, canônico e dos doutrinadores.²⁹

Retomando o raciocínio anterior, a vitória de Guilherme, o Conquistador, na batalha de Hastings em 1066, representou o início da tradição *common law*. Ao se tornar Rei da Inglaterra, passou a ser o titular da propriedade de todo o solo inglês³⁰, o qual foi submetido a um sistema feudal de suserania e vassalagem tipicamente medieval.³¹ Segundo Gary Slapper e David Kelly, o advento da *common law* "representa a imposição de tal sistema unitário sob os auspícios e controle de um poder central na forma de um rei soberano; em relação a isto, o *common law* representou a

²⁹ No dizer de Paolo Grossi: "O historiador pode trazer um exemplo iluminante, aquele do *ius commune* medieval e pós-medieval: uma Europa fracionada em uma miríade de poderes políticos, todos com limitadas projeções geográficas; em cada uma delas, ordenações dos Príncipes locais, estatutos das comunidades, costumes, ou seja, manifestações jurídicas ligadas estritamente ao território particular. Mas, acima, circula uma dimensão jurídica universal, uma ordem jurídica da vida cotidiana da comunidade humana, que se apossa também do particular, mas não nasce dele, é vigente em cada lugar sem que haja necessidade de autorizações da parte dos detentores do poder. É o reino sem confins, autenticamente sem confins, do *ius commune*, que se distingue por ser em primeiro lugar obra de doutrinadores, de mestres universitários, de homens de cultura indiferentes às fronteiras assinaladas pelo poder, cidadãos do mundo que migram de uma sede universitária à outra, ensinando a estudantes provenientes de todas as partes da Europa e que desenham a linha da urdidura jurídica unitária do mundo então conhecido. Na civilização medieval conseguiu-se um resultado digno de consideração: diante de um esmiuçado particularismo político, sobressai uma dimensão jurídica universal de marca científica". (GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli; Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.118).

³⁰ Eroulths Cortiano Junior sintetiza os principais aspectos do feudalismo: "Quatro características marcam a sociedade feudal: o desenvolvimento dos laços de dependência de homem para homem, o parcelamento máximo do direito de propriedade, a hierarquia dos direitos sobre a terra e o parcelamento do poder público com hierarquias regionais de instâncias autônomas". (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.22).

³¹ Mario Losano esclarece que o sistema de propriedade medieval perdurou na Inglaterra por muito mais tempo que em outros países, não tendo passado pela ruptura emblemática ocorrida na Revolução Francesa e que culminou no desenvolvimento da propriedade moderna nos países da tradição *civil law*: "A peculiaridade dos direitos reais ingleses consiste na sua continuidade desde a época feudal aos nossos dias, sem nenhuma interrupção comparável à introduzida pela Revolução Francesa nos direitos reais da Europa continental". (LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.343).

asserção e a afirmação daquele poder soberano central".³² A partir daí, houve a necessidade de estruturar e organizar o sistema judiciário.³³

Os tribunais da tradição *common law* eram a "Court of Exchequer", que tratava de questões fiscais, a "Court of King's Bench", cuja competência eram crimes e a "Court of Common Pleas", a qual tratava de questões ligadas aos súditos.³⁴ Contudo, tendo em vista que na monarquia inglesa um súdito podia apelar ao Rei para dele receber uma decisão definitiva sobre o caso, foi criada a "Court of Chancery" (Tribunal do Chanceler ou de Chancelaria). Em síntese, a tradição *common law* englobava os três tribunais primeiramente citados, conhecidos como do Rei (*curia regis*), e o Tribunal do Chanceler.

A "Court of Chancery" era presidida pelo Chanceler, um assessor muitíssimo próximo do Monarca e a quem foi atribuído o poder de decisão final sobre os casos apelados à misericórdia e boa razão do Rei. O Chanceler era amiúde membro da

³² SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.4. Importante notar que os autores se referem à *common law* no gênero masculino por considerá-la um sistema, e não uma tradição, ao contrário de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo.

³³ O historiador do direito Mário Losano distingue quatro sistemas normativos que integrariam o direito inglês (na terminologia utilizada na presente tese, que integrariam a tradição *common law*): "O direito inglês foi então regulado por quatro sistemas normativos: – o *Common Law*, aplicado pelas três cortes citadas; – o *Law Merchant*, direito comercial que compreendia normas de direito internacional privado, de direito marítimo, além de regulamentos de feiras e mercados. Analogamente ao que vimos para a Europa continental, esse direito era aplicado por tribunais especiais, destinados a confluir depois no Common Law. Esses tribunais especiais eram tanto formais (Courts of Staple, nos grandes centros comerciais; High Court of Admiralty, para a pirataria e o comércio marítimo), quanto informais (Pie Powder Courts, tribunais dos pés empoeirados, como ironizavam em anglo-francês os solenes juízes régios sobre seus colegas mercadores, que chegavam no tribunal com os 'pied poudrés'); – o *direito canônico*, que, administrado inicialmente pela Igreja de Roma, acabou sendo absorvido em boa parte pelo Common Law, quando a Reforma Protestante fez do rei da Inglaterra também o chefe da Igreja reformada, que tomou exatamente o nome da Igreja Anglicana; – enfim, a *equity* que, diferentemente do direito comercial e eclesiástico, continuou até 1873 a ser aplicada por um tribunal específico, a Court of Chancery. O item 7 expõe mais detalhadamente a *equity*. Depois do século XII, com Henrique I e Henrique II, a aplicação do direito foi uniformizada para toda a Grã-Bretanha (com exceção da Escócia que, não incluída na Coroa inglesa, continuava a utilizar o direito romano) e ocorreu por intermédio de juízes itinerantes, que em nome do rei aplicavam a justiça, inicialmente civil, depois também penal. O procedimento consistia em obter uma ordem escrita do rei (*writ*, pronúncia: writ) que intimasse o réu a comparecer em juízo e a demonstrar que o autor não tinha razão. Devia existir uma correspondência entre o tipo de *writ* e o pedido, em estreita analogia com as formas de ação típicas do direito romano. Se não estava previsto um certo tipo de *writ* que remediasse uma certa situação, a ação não podia ser proposta ('no writ, no remedy'). (LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.328).

³⁴ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.328.

Igreja, razão pela qual suas decisões primavam pela aplicação de regras morais, e não necessariamente de fundamentos jurídicos.³⁵

O avanço dos tribunais da *common law* ocorreu de modo bastante particular em decorrência do procedimento de acesso de que os súditos dispunham. Naquela época, para ingressar no judiciário era preciso que existisse um *writ* – que nesse trabalho pode ser compreendido como um tipo de "ação" – que correspondesse ao pedido que se pretendia deduzir. Caso a situação fática não guardasse correspondência com um *writ* existente, não havia como ingressar nas Cortes Reais.³⁶

Quando se verificava tal descompasso, o Rei poderia criar ou modificar *writs* para que passassem a contemplar situações novas ou particulares. Ocorre que, em 1258, o Rei Henrique II promulgou as *Provisions of Oxford*, por meio das quais não era mais possível a criação ou a modificação dos *writs*. Três décadas mais tarde, em 1285, o Monarca Eduardo I publicou o *Statute of Westminster II*, por meio do qual poderiam ser criados novos *writs*, desde que fossem análogos aos já existentes.³⁷ Sendo assim, mesmo com o *Statute of Westminster II*, os Tribunais Reais permaneceram muito engessados aos tipos de *writs* originalmente existentes, de modo que não se arrojavam adequadamente ao longo do tempo.

Esse engessamento dos Tribunais Reais é criticado por Gary Slapper e David Kelly, segundo os quais a rejeição de um caso em decorrência da ausência de um *writ* correspondente seria inadequada, pois "necessariamente redundou em injustiças e na necessidade de corrigir as fraquezas encontradas no *common law*".³⁸

Tendo em vista essa limitação concernente aos *writs*, o Tribunal do Chanceler, por outro lado, passou por um intenso florescimento. Ao contrário dos Tribunais Reais, não exigia a formalidade da correspondência do pedido ao *writ*, de modo que passou a ser o *locus* privilegiado das demandas mais inusitadas e desafiadoras. Pode-se

³⁵ Apenas para explanar, Frederic William Maitland apresenta uma lista descritiva dos Lordes Chanceleres. No rol das pessoas que ocuparam essa posição, verifica-se que diversos Chanceleres desempenhavam também funções de destaque no clero, tais como as de arcebispo e de bispo. Ver MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.xvi.

³⁶ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.329.

³⁷ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.329-330.

³⁸ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.4.

afirmar que o Tribunal de Chancelaria colmatou em certa medida esse filtro formalista presente nas Cortes Reais, tornando a *common law* mais dúctil.

Outro motivo pelo qual o Tribunal do Chanceler teve amplo desenvolvimento deriva de um poder especial atribuído ao seu presidente: o *subpoena*. O poder de *subpoena* consistia na autoridade que o Chanceler tinha de após um *writ* protocolado exigir a presença física das partes litigantes para interrogá-las e também para lhes dirigir ordens que deveriam ser rigorosamente cumpridas.³⁹ Segundo Penner, essa seria a peculiaridade do direito produzido por esse tribunal: o poder do Chanceler de exigir que os litigantes se comportassem de acordo com os ditames morais e de consciência reconhecidos pelo tribunal.⁴⁰

Como produto da ausência de formalidade quanto à existência de um *writ* próprio ao pedido e do poder de *subpoena*, ao longo de seu funcionamento o Tribunal do Chanceler desenvolveu um conjunto de regras e princípios próprios, o qual passou a ser considerado um sistema autônomo presente na tradição *common law*: a *equity*.⁴¹ Nesse sentido, *equity* não quer dizer "equidade" ou "algo justo", mas sim um sistema do direito autônomo presente na tradição *common law* que se originou do conjunto de decisões do Tribunal do Chanceler.⁴² Logo, encontra-se nesse ponto o terceiro e último sentido atribuído ao termo *common law*: trata-se do sistema do direito decorrente

³⁹ PENNER, James E. **The law of trusts**. 5.ed. New York: Oxford, 2006. p.3.

⁴⁰ "This is one meaning of the phrase that 'equity acts in personam': equity does not determine rights under law, whether to land or anything else; rather, equity requires particular individuals to act according to conscience". (PENNER, James E. **The law of trusts**. 5.ed. New York: Oxford, 2006. p.3).

⁴¹ "The origins of equity are much murkier. Equity arose out of the administrative power of the medieval Chancellor, who was at the time the king's most powerful minister. Since the king was regarded as the fount of justice, it was appropriate for him to hear pleas by his subjects concerning injustices, and kings being kings, they eventually delegated the task to their chancellors. Since the Chancellor was to begin with usually an ecclesiastic, he felt able to concern himself with men's immortal souls, and thus their consciences; thus it was on the basis of 'conscience' that he exercised this royal power to remedy injustice, by ordering individuals to act in accordance with good conscience despite what their legal rights might be". (PENNER, James E. **The law of trusts**. 5.ed. New York: Oxford, 2006. p.2).

⁴² O termo "sistema" é o empregado por Harold Potter para descrever a especificidade das regras desenvolvidas na Corte do Chanceler que fazem parte da *equity*: "In England Equity has acquired an entirely specialized meaning. It includes technically only certain rules which were developed in the Court of Chancery. The basis for its creation may have been the desire to do right between men according to the moral law of the time, but it was always limited and has now become a fixed body of principles of a like character to, though different in many respects from, the Common Law. It is no longer possible to claim redress simply upon moral grounds; it is now necessary to show some principle recognised by the system of Equity before a remedy can be granted, just as some rule of the Common Law must be prayed in aid to support an action at law". (POTTER, Harold. **An Historical Introduction to English Law and its institutions**. 3.ed. London: Sweet & Maxwell, Limited Law Publishers, 1948. p.550).

dos tribunais reais, em contraposição ao sistema da *equity*, oriundo do conjunto de decisões do Chanceler.

As decisões proferidas no Tribunal de Chancelaria inglesa deram origem a alguns princípios gerais, expressos em doze ditames chamados máximas da *equity* (*maxims of equity*), que instituem algumas linhas mestras para demonstrar como a jurisdição da *equity* deve ser exercida. Tais máximas não devem ser vistas como regras a serem aplicadas rigorosamente em todos os casos, mas sim como caminhos para a solução das situações postas à análise.⁴³ Em síntese, objetivavam dar um mínimo de segurança e previsibilidade à *equity*.⁴⁴

A primeira destas máximas enuncia que "A *equity* não deixará um mal sem um remédio"⁴⁵, expressando um princípio segundo o qual a *equity* deverá intervir para proteger um direito cuja aplicação não seja garantida por lei. É necessário, no entanto, que o direito do requerente seja adequado à aplicação pelo tribunal de equidade.

⁴³ "The maxims of equity embody the general principles which evolved in the Court of Chancery. They are not rules which must be rigorously applied in every case, but are more in the nature of general guidelines illustrating the way in which equitable jurisdiction is exercised". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.27). Tradução livre: "As máximas da *equity* incorporam os princípios gerais que evoluíram no Tribunal de Chancelaria. Não são regras que devem ser rigorosamente aplicadas em todos os casos, mas estão mais para linhas gerais ilustrando a forma em que a jurisdição da *equity* deve ser exercida".

⁴⁴ "Although equity developed its own definite rules covering various matters, it also produced a series of 'maxims' or broad principles which manifested equity's general approach to the solution of legal problems. An example of such a maxim is, 'Equity looks to intent, not form'. If, for example, two parties executed documents which characterised a land transaction as a sale of the land, though in substance the transaction amounted to a mortgage of the land, the court of equity would look beyond the form of the documents, which might be decisive at common law, and treat the transaction as a mortgage. We will encounter various of these maxims as we go along. Like any general legal principles, the maxims of equity have been encrusted with judicial interpretation over the centuries, so it would be a great mistake to treat these maxims nowadays as anything more than devices which assist the interpretation and organization of particular equitable doctrines and help explain their historical development". (PENNER, James E. **The law of trusts**. 5.ed. New York: Oxford, 2006. p.4-5). Tradução livre: "Embora a *equity* tenha desenvolvido suas próprias regras a respeito de diversas matérias, também produziu uma série de 'máximas' ou princípios gerais que manifestaram a abordagem geral da *equity* para a solução de problemas jurídicos. Um exemplo de tal máxima é, 'Equity olha para a intenção, e não a forma'. Se, por exemplo, duas partes produziram documentos que caracterizaram uma transação sobre terras como uma venda de terreno, mas cujo conteúdo resulta em uma hipoteca sobre o terreno, o tribunal de *equity* olharia para além da forma dos documentos, o que poderia ser decisivo na *common law*, e trataria a transação como uma hipoteca. Nós encontraremos várias dessas máximas em nosso percurso. Como quaisquer outros princípios gerais de direito, as máximas da *equity* foram incrustadas com interpretação judicial ao longo dos séculos, então seria um grande equívoco tratar tais máximas hodiernamente como qualquer coisa além de dispositivos que auxiliam a interpretação e a organização de entendimentos jurisprudenciais particulares da *equity* e ajudar a explicar seu desenvolvimento histórico".

⁴⁵ "Equity will not suffer a wrong to be without a remedy". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.27).

O exemplo clássico trazido por Hanbury e Martin diz respeito aos trusts, o qual adiante será mais bem aprofundado: o beneficiário não teria remédio jurídico à sua disposição pela *common law* se o *trustee* reivindicasse a propriedade para si, por ser este o proprietário legal; no entanto, o beneficiário poderia garantir os seus direitos pela *equity*.⁴⁶

Pela segunda máxima, "A *equity* segue a lei".⁴⁷ Com isso, tem-se que a aplicação da *equity* não pode se afastar dos ditames legais da *common law*, tampouco permite que se descumpram as leis, salvo em situações excepcionais. É permissível que a *equity* corrija e complemente a lei, enquanto a reconhece como fonte legítima do direito, criando interesses equivalentes aos interesses existentes na *common law*, jamais revogando ou negando a existência dos direitos subjetivos reconhecidos pela lei, apenas modulando sua efetividade pela adoção de medidas processuais.⁴⁸

Segundo a terceira máxima, "Aquele que busca a *equity* deve agir em *equity*"⁴⁹, de modo que o autor de um pedido por remédio equitativo deve estar preparado para agir com justeza para com o réu.⁵⁰ Tal princípio visa à conduta futura das partes, a fim de assegurar que o requerente seja capaz e esteja disposto a desempenhar suas obrigações correlatas. De forma semelhante, a quarta máxima determina que "Aquele que vem à *equity* deve vir com mãos limpas"⁵¹, olhando para as condutas anteriores do requerente. Com isso, não haverá remédio pela *equity* àquele que houver descumprido suas obrigações na relação em que o remédio for buscado. No entanto, a conduta condenável do requerente deve ter algum vínculo com o remédio buscado, não sendo possível negar-lhe reparação com base apenas em sua vida pregressa.⁵²

⁴⁶ "The beneficiary had on remedy at common law if the trustee claimed the property for himself, as the trustee was the legal owner, but he could enforce his rights in equity". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.28).

⁴⁷ "Equity follows the law". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.28).

⁴⁸ OLCSE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa**: tenures, estates, equity & trusts. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2012. p.118-119.

⁴⁹ "He who seeks equity must do equity".(HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.28).

⁵⁰ "A claimant who seeks equitable relief must be prepared to act fairly towards the defendant". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.28).

⁵¹ "He who comes to equity must come with clean hands". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.28).

⁵² "equitable relief will only be debarred on this ground if the claimant's blameworthy conduct has some connection with the relief sought". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.29).

A quinta e a sexta máximas também se encontram vinculadas uma a outra. Pela quinta máxima, "Quando as *equities* forem iguais, a lei deve prevalecer".⁵³ Com isto, uma propriedade com base na lei deve prevalecer sobre uma propriedade com base na *equity*, desde que aquele titular tenha agido corretamente, de acordo com a *equity*, mesmo que sua aquisição tenha sido posterior à do proprietário em *equity*.⁵⁴ Por outro lado, como expresso na sexta máxima, "Quando as *equities* forem iguais, o primeiro no tempo deve prevalecer".⁵⁵ Não havendo propriedade legal para prevalecer, aquele com interesse baseado na *equity* que a tiver adquirido por primeiro terá direito ao remédio.⁵⁶

Pela sétima máxima, "A *equity* imputa uma intenção de satisfazer uma obrigação".⁵⁷ Segundo Hanbury e Martin, essa máxima fundamenta no direito inglês a base da teoria do adimplemento.⁵⁸ Com isso, em não havendo qualquer manifestação expressa em contrário, os atos de liberalidade do devedor em relação a seus credores são interpretados pela *equity* em favor da satisfação da obrigação, dando-se preferência à compensação do débito.⁵⁹

⁵³ "Where the equities are equal the law prevails". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.29).

⁵⁴ "para solucionar eventuais conflitos entre um *equitable estate* e um *legal estate* pertencentes a sujeitos diferentes, aplica-se o critério material pelo qual prevalece este último, desde que o titular do *legal estate* tenha agido corretamente; é o caso da aquisição da *legal ownership* a título oneroso por adquirente de boa-fé, que prevalece sobre quaisquer *equitable estates*, mesmo que tenham sido anteriores no tempo". (OLCESE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa**: tenures, estates, equity & trusts. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2012. p.120).

⁵⁵ "Where the equities are equal the first in time prevails". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.29).

⁵⁶ Ver, a título ilustrativo, o exemplo trazido por Hanbury e Martin: "*a prior equitable interest in land can only be defeated by a bona fide purchaser of a legal estate without notice. If the purchaser is bona fide and without notice, then the equities are equal and his legal estate prevails. If he took with notice the position is otherwise, as the equities are not equal. If he does not acquire a legal estate then the first in the time, i.e. the prior equitable interest, prevails, as equitable interests rank in order of creation*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.29). Tradução livre: "um interesse anterior sobre bem imóvel baseado na *equity* pode ser derrotado apenas por um adquirente de boa fé que não tiver conhecimento da aquisição anterior. Se o adquirente estiver de boa fé e não tiver conhecimento da aquisição anterior, as *equities* são equivalentes e sua propriedade legal prevalece. Se ele tinha conhecimento da aquisição, sua situação altera-se, pois as *equities* não são iguais. Se ele não adquire uma propriedade com base na lei, então o que tiver agido por primeiro, isto é o interesse baseado em *equity* anterior, prevalece, pois os interesses baseados em *equity* são classificados em ordem de surgimento".

⁵⁷ "*Equity imputes an intention to fulfil an obligation*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.29).

⁵⁸ "*This is the basis of the doctrines of performance and satisfaction*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.29).

⁵⁹ OLCESE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa**: tenures, estates, equity & trusts. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2012. p.124.

A oitava máxima expressa que "A *equity* considera cumprido aquilo que deveria estar cumprido"⁶⁰, de modo que, quando houver uma obrigação especificamente exequível, a *equity* considera as partes já na situação em que se encontrariam após o adimplemento.⁶¹ Segundo Tomás Olcese, o princípio está expresso na máxima "encontra aplicação na execução do contrato preliminar, ou seja, na conversão do contrato preliminar em definitivo".⁶²

Pela nona máxima, "*Equity* é igualdade"⁶³ – de modo que, quando duas ou mais pessoas tiverem direito a um interesse na mesma propriedade, se não houver qualquer motivo para aplicação de outro critério, a *equity* dita o princípio da divisão igualitária.⁶⁴

A décima máxima, por sua vez, dita que "A *equity* considera a intenção ao invés da forma".⁶⁵ Com isso, não está a afirmar que formalidades possam ser simplesmente ignoradas pela *equity*, mas que a substância de determinada relação ou ato prevalece sobre sua forma.⁶⁶

Pela décima primeira máxima, "A mora derrota a *equity*"⁶⁷, o que corresponde ao brocardo latino *vigilantibus non dormientibus aequitas subvenit*⁶⁸, de modo que

⁶⁰ "*Equity regards as done that which ought to be done*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.30).

⁶¹ "*Where there is a specifically enforceable obligation equity regards the parties as already in the position which they would be in after performance of the obligation*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.30).

⁶² OLCESE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa: tenures, estates, equity & trusts**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2012. p.123.

⁶³ "*Equity is equality*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.30).

⁶⁴ "*Where two or more persons are entitled to an interest in the same property, then the principle of equity is equal division, if there is no good reason for any other basis for division*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.30).

⁶⁵ "*Equity looks to the intent rather than the form*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.31).

⁶⁶ "*This principle does not mean that formalities may be ignored in equity, but rather that equity looks at the substance rather than the form*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.31). Os autores trazem como exemplo uma transação que substancialmente se apresenta como uma hipoteca. Mesmo que não esteja descrita de fato como hipoteca, poderá ser assim considerada em *equity* devido à sua substância.

⁶⁷ "*Delay defeats equity*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.31).

⁶⁸ OLCESE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa: tenures, estates, equity & trusts**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2012. p.122. Em outras palavras, o direito – nesse caso a *equity* – socorre aqueles que permanecem vigilantes, e não os que dormem.

"a inércia da parte exclui a tutela do seu interesse pela *equity*"⁶⁹, o que fundamenta o instituto jurídico de *laches* no direito inglês.⁷⁰

Por fim, a décima segunda máxima, "*A equity age in personam*"⁷¹, expressa o princípio de que a *equity* tem competência sobre a pessoa do requerido, sendo que esta natureza pessoal resulta na possibilidade de sua prisão em caso de descumprimento de uma determinação do Tribunal de Chancelaria.⁷²

Após a apresentação das máximas da *equity*, cabe demonstrar como o Tribunal do Chanceler contribuiu para a formação jurídica do *trust*. Sucede que, como acima afirmado, o rei da Inglaterra era – como consequência da titularidade do trono – o senhor de todas as terras do território. Por meio de relações de suserania (*lord*) e vassalagem (*tenant*) próprias do medievo, o rei concedia o uso de algumas terras aos nobres, os quais, por sua vez, também firmavam sucessivas relações com outros vassalos.⁷³ Nesse panorama, existiam os vassalos de alta hierarquia (nobres) e os mais humildes, meros servos da gleba. Em comum, todos os vassalos deviam pagar tributos quando havia transferência dos titulares do uso da terra em virtude de falecimento.⁷⁴ Em algumas situações, com o falecimento de um vassalo, o suserano

⁶⁹ OLCESSE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa**: tenures, estates, equity & trusts. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2012. p.122.

⁷⁰ "*This is the foundation of the doctrine of laches, whereby a party who has delayed cannot obtain equitable relief*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.31).

⁷¹ "*Equity acts in personam*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.32).

⁷² "*Equity has jurisdiction over the defendant personally. The personal nature of the jurisdiction is illustrated by the fact that failure to comply with an order, such as specific performance or an injunction, is a contempt of court punishable by imprisonment*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.32).

⁷³ Sobre outras formas de apropriação presentes na Inglaterra medieval, consultar: RUHL, J. B. The tale of the fee tail in Downton Abbey. **Vanderbilt Law Review En Banc**, v.68, p.131-141, 2015. Trata-se de interessante artigo que enfrenta o arcaico instituto do *entail* ou *fee tail* (mais especificamente a modalidade do *fee tail male*), cujo objetivo era manter a terra no seio familiar e prevenir a divisão e dissolução da área.

⁷⁴ "Entre os deveres do *tenant* (*incidentes of tenure*), alguns comuns a diversos tipos de *tenures*, encontravam-se o *escheat* (o regresso da terra à esfera do *lord* no caso de o *tenant* sucumbir sem herdeiros ou de ser condenado por delitos de particular gravidade), a *homage* (o reconhecimento da supremacia do *lord* acompanhado de juramento de fidelidade e de assistência económica em dadas circunstâncias), a *wardship* (a aquisição, por parte do *lord*, do poder de tutela sobre os herdeiros menores do *tenant*, com a consequência do poder de gozar a terra sem a obrigação de prestação de contas até a maioridade do pupilo) e o *marriage* (a atribuição ao *lord* do direito de, à morte do *tenant*, escolher um cônjuge para o herdeiro solteiro, ou de obter um montante pecuniário a título de indemnização no caso de ausência de casamento). O proprietário fundiário não podia dispor por via testamentária da sua terra e o seu herdeiro legítimo era sempre e em qualquer caso obrigado a pagar ao *lord* a renda de um ano pelo privilégio da sucessão". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.23).

retomava a posse e a administração da terra até que o primogênito do vassalo atingisse a maioridade.⁷⁵ Essa determinação jurídica da época ocasionava prejuízos consideráveis aos herdeiros dos vassalos, que, além de terem perdido um ente querido, ficavam privados da terra ou de sua administração.

Como meio de contornar o pagamento de tais tributos, os quais eram muito onerosos, e evitar a perda da terra, os vassalos passaram a adotar o instituto do *use of lands* (uso da terra), por meio do qual transferiam seus bens para uma pessoa de sua confiança, que os administraria em seu favor e após o seu passamento em benefício de seus herdeiros.⁷⁶ Conforme explicam Hanbury e Martin:

O Chanceler interferiu para obrigar A a manter o terreno em uso e benefício exclusivo de B. O Chanceler não poderia dizer que B era o proprietário; era A. Mas todo o domínio útil sobre o terreno poderia ser dado a B ao obrigar A a manter apenas o título de propriedade, e a dar todo domínio útil do terreno a B. Foi o que aconteceu quando se deu efetividade ao *use*. E, apesar da competência *in personam*, o Chanceler daria efetividade aos direitos de B, não apenas contra A, mas também contra outras pessoas que tomassem o terreno de A. Não demorou muito até que se dissesse que A era o proprietário legal, e B o proprietário em *equity*. Na terminologia da época, A era o *feoffee* do *use*, B o *cestui que* do *use*. O *use* foi o antecessor, como veremos, do *trust*.⁷⁷

Embora alguns autores lusitanos identifiquem as figuras do *use of lands* com a do *trust*⁷⁸, entende-se que essa primeira figura foi a antecessora do *trust*,

⁷⁵ CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.22.

⁷⁶ Conforme esclarecem Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé e Diogo Leite de Campos: "O instituto do *use* permitiu evitar este resultado, porquanto o vassalo transferia o seu patrimônio a amigos em *trust*, que se vinculavam a tê-lo em *use* para o disponente, durante a sua vida e, após a sua morte, para o seu filho mais velho quando atingisse a maioridade. Deste modo, a propriedade fundiária passava para a esfera do herdeiro mediante a prática de um acto jurídico *inter vivos* e não por via sucessória, nunca chegando assim a nascer os direitos do suserano feudal". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.21, nota 15).

⁷⁷ Tradução livre de: "*The Chancellor interfered to compel A to hold the land for the exclusive use and benefit of B. The Chancellor could not say that B was the owner; A was. But all the beneficial interest in the land could be given to B by compelling A to keep the legal title only, and to give all the benefit of the land to B. This is what happened when the use was enforced. And, although the jurisdiction in personam, the Chancellor would enforce B's rights, not only against A, but against other persons who took the land from A. It was not long before it was said that A was the owner at law, B the owner in equity. In the terminology of the time, A was the feoffee to uses, B the cestui que use. The use was the forerunner, as we will see, of the trust*". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.9). Ver representação gráfica nos Anexos 2 e 3.

⁷⁸ Em certas passagens da obra de Diogo Leite de Campos e Maria João Carreiro Vaz percebe-se essa identificação entre *use* e *trust*, com a qual se discorda na presente tese. Nesse sentido: "No início da Idade Média, no direito inglês, o *trust* era conhecido como *use*. A sua função principal consistia em contornar os ônus feudais que o direito medieval estabelecia à propriedade imobiliária

apresentando uma estrutura mais simplificada. Contudo, por ter sido precursora do trust, é imprescindível elucidar no que consistia o *use of lands*, semente que gerou posteriormente o *trust*.⁷⁹

A origem desse mecanismo é controvertida na doutrina. Para parte dos estudiosos sua inspiração seria a *Treuhand* germânica, ao passo que para outros seria o *fidei commissum* de origem romana.⁸⁰ Independentemente disso, a origem do termo *use* decorre da expressão *ad opus*, que quer dizer "para o trabalho"; a propriedade estava sujeita ao trabalho, à lavra de outrem.⁸¹ "Ad opus" referia-se, assim, ao papel que a pessoa que recebia o *use of land* deveria exercer em relação ao vassalo ou posteriormente a seu primogênito. Com o passar dos anos, a locução *ad opus* foi abreviada para *opus*, que ulteriormente virou *oes*, *ues* e finalmente *use*.⁸²

Ocorre que a aplicação rotineira do *use* se tornou nefasta aos cofres públicos, porquanto diminuiu consideravelmente a arrecadação de tributos, sobretudo no extravagante e opulento reinado de Henrique VIII.⁸³

principal forma de riqueza, a favor do suserano". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.21). Igualmente, incorre no mesmo equívoco Verônica Scriptor Freire e Almeida, para quem "Naquela época, no Direito inglês, o Trust era conhecido como *use*. O *use* foi introduzido na Inglaterra após a conquista normanda no ano de 1066, ocasião em que as terras da nobreza foram tomadas por Guilherme I, que as reuniu em sua propriedade e formou o sistema feudal, passando a concedê-las, directa ou indirectamente, em forma de *tenures*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptor. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.19).

⁷⁹ Consoante aponta Frederic William Maitland: "*However, it is absolutely impossible for one to speak of trusts, even at the present day, without speaking first of uses*". Tradução livre: "Entretanto, é absolutamente impossível alguém falar em *trusts*, mesmo nos dias atuais, sem falar primeiro dos *uses*". (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.36).

⁸⁰ CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.21. Na presente tese, concorda-se com o posicionamento de Frederic William Maitland, segundo o qual não haveria uma conexão entre o *use* que deu origem ao *trust* e a figura do *fidei commissum* romana: "*Some have thought that this new jurisprudence of uses was borrowed from the Roman law; that the English use or trust is historically connected with the Roman fidei commissum. I do not myself believe in the connexion*". Tradução livre: "Alguns pensaram que esta nova jurisprudência dos *uses* foi emprestada do direito romano; que o *use* inglês ou o *trust* são historicamente ligados ao *fidei commissum* romano. Eu mesmo não acredito nessa conexão". (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.32). Nesse mesmo sentido, consultar: MORINEAU, Marta. **Una introducción al common law**. 2.^a reimp. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p.107-108.

⁸¹ CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.22.

⁸² "O vocábulo *opus* evoluiu paulatinamente para *oes*, depois para *ues* e, por último, para *use*". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.22).

⁸³ O reinado de Henrique VIII compreendeu o lapso temporal de 21/04/1509 a 28/01/1515 e foi marcado por revoltas e acontecimentos políticos conturbados, tais como a Reforma Anglicana.

No ensejo de cercear esse subterfúgio utilizado pelos vassallos, em 1535, o Rei Henrique VIII promulgou o *Statute of Uses*, por meio do qual foi estabelecido que, para os fins da lei, o beneficiário seria considerado o titular do bem, não importando em nome de quem o bem se encontrava. Prevaleceu a ideia de que quem recebia as vantagens do *trust* seria considerado o seu titular (em vez de ter o *equitable interest*, seria titular do *legal interest*) e deveria arcar com os tributos. Logo, nesse momento entendeu-se que "aquele que usa" (*cestui que use*) era titular *legal estate*.

Conforme aponta Frederic William Maitland, a reação popular foi de intensa revolta, contribuindo para a eclosão da Revolta da Peregrinação da Graça (*Rebellion of the Pilgrimage of Grace*) durante o reinado de Henrique VIII.⁸⁴ Diante dessa comoção pública, mais uma vez a força criativa dos fatos encontrou um modo de transpor a determinação da lei para o fim de não incidir tributos.⁸⁵ A engenhosidade nesse segundo momento foi a de criar um *use upon use*, uma "dupla transmissão em *use*". Em outras palavras, a arquitetura do *trust* se mostrava mais sofisticada, pois concatenava duas relações de *use*, sendo que a primeira relação de uso acarretaria numa *legal ownership* e a segunda numa *equitable ownership*. Aglutinando duas relações de uso, a primeira ficava submetida à proibição do *Statute of Uses*, ao passo que a

⁸⁴ "The Statute of Uses was forced upon an extremely unwilling parliament by an extremely strong-willed king. It was very unpopular and was one of the excuses, if not one of the causes, of the great Catholic Rebellion known as the Pilgrimage of Grace". (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.35). Tradução livre: "O *Statute of Uses* foi forçado sobre um parlamento extremamente relutante por um rei extremamente voluntarioso. Ele foi muito impopular e foi uma das desculpas, senão uma das causas, para a grande Rebelião Católica conhecida como a Peregrinação da Graça".

⁸⁵ "The employment of the use made it possible to avoid some of the feudal incidents. Under feudal law, the lord was entitled to a payment when an heir succeeded to feudal land, and to other valuable rights arising when the land was held by an under-age heir, and the right of escheat where there was no heir. These burdens could be avoided if the land was vested in a number of feoffees to uses. They were unlikely to die together or without heirs. Those who died could be replaced, and the feoffees would never be children. Thus, the use, to feudal land owners, had something of the appeal of tax planning techniques at the present day". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.9). Tradução livre: "A utilização do *use* tornou possível evitar alguns incidentes feudais. Sob a lei feudal, o suserano tinha direito a pagamento quando um herdeiro sucedesse à terra feudal, e a outros direitos pecuniários surgindo quando a terra tivesse como titular um herdeiro menor de idade, e o direito de confisco quando não houvesse herdeiro. Tais ônus poderiam ser evitados se a terra fosse investida em diversos *feoffees* do *use*. Era improvável que morressem conjuntamente ou sem herdeiros. Aqueles que morressem poderiam ser substituídos, e os *feoffees* jamais seriam crianças. Assim, o *use*, para os titulares de terras feudais, tinha alguns dos apelos das técnicas de planejamento tributário contemporâneas".

segunda, não.⁸⁶ A partir dessa estrutura mais complexa é que se formou o instituto do *trust*, o qual pode ser conceituado a partir da conhecida formulação de Frederic William Maitland como:

Eu definiria um *trust* da seguinte maneira – Quando uma pessoa tem direitos que está obrigada a exercer em favor de terceiro ou para a realização de algum propósito específico, é dito que ela tem tais direitos em *trust* para aquele terceiro ou para aquele propósito e ela é chamada um *trustee*. É uma definição ampla e vaga, mas é a melhor que eu consigo formular.⁸⁷

De modo mais pormenorizado, o instituidor do *trust* transferia sua propriedade para A usá-la em benefício de B, o qual deveria usar a propriedade em benefício de C. A relação entre A e B representaria o domínio legal, enquanto que a relação entre B e C acarretaria no domínio útil e estaria fora do campo de proibição do *Statute of Uses*.⁸⁸

De fato, por meio desse mecanismo mais sofisticado, a incidência do *Statute of Uses* ficava afastada. Logo, a figura do *use upon use*, que veio a se tornar o *trust*, foi indubitavelmente uma ótima solução para banir a proibição imposta pela lei. Todavia, ainda padecia de um sério problema: seu cumprimento era desprovido de força jurídica. Desse modo, não passava de uma obrigação moral, cumprida por

⁸⁶ "The Statute did not however suppress all uses. It only applied where the feoffee was seised to the use of another. If the feoffee held only a lease, he would not be seised, and the Statute would not apply. Again, it did not apply to situations where the feoffees had active duties to perform. The feoffees were then necessary participants, and the Chancellor held that a duty to sell the land, or to collect the rents and profits of the land and pay them to X, was a sufficiently active duty to exclude the Statute". (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.10). Tradução livre: "A Lei, no entanto, não suprimiu todos os *uses*. Tinha aplicabilidade apenas quando o *feoffee* fosse subordinado ao *use* de terceiro. Se o *feoffee* tivesse apenas uma locação, não estaria subordinado, e a Lei não seria aplicada. Novamente, ela não se aplicou a situações em que os *feoffees* tivessem deveres ativos a serem cumpridos. Os *feoffees* eram então participantes necessários, e o Chanceler decidiu que um dever de vender a terra ou recolher alugueres e rendas sobre a terra com pagamento a X seria um dever suficientemente ativo para excluir a aplicação da Lei".

⁸⁷ "I should define a trust in some such way as the following – When a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee. It is a wide vague definition, but the best that I can make". (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.44). Tradução livre: "Eu definiria um *trust* da seguinte maneira – Quando uma pessoa tem direitos que está obrigada a exercer em favor de terceiro ou para a realização de algum propósito específico, é dito que ela tem tais direitos em *trust* para aquele terceiro ou para aquele propósito e ela é chamada um *trustee*. É uma definição ampla e vaga, mas é a melhor que eu consigo formular".

⁸⁸ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.341. Ver representação gráfica nos Anexos 2 e 3.

aqueles que decidiam agir conforme regras de consciência. Em outras palavras, não passava de um acordo de cavalheiros.

Como acima mencionado, o *trust* não possuía força jurídica, dependendo da boa-fé do *trustee* para cumprir com a palavra dada em favor daquele que usa (*cestui que use*). Apenas a partir do século XV é que esse instituto passou a ter reconhecimento jurídico e suas obrigações passaram a vincular o *trustee*. Isso ocorreu no ambiente da Corte de Chancelaria, no qual havia espaço para julgamentos morais.⁸⁹ Tendo em vista que o Chanceler era, além de próximo do rei, membro do clero, fundamentos de filósofos religiosos ingleses foram utilizados para embasar a decisão de dar força jurídica aos *trusts*. Tal fato sucedeu, pois um dos primitivos empregos do *use* foi em favor dos franciscanos, os quais em virtude do voto de pobreza não podiam ser proprietários de bens.⁹⁰ Dentre tais filósofos, destaca-se a obra de Guilherme de Ockham, de Oxford. Dentre tais filósofos, destaca-se a obra de Guilherme de Ockham, de Oxford, que possui grande importância para o desenvolvimento da noção de apropriação de bens na tradição *common law*. Por esse motivo, sente-se a necessidade de aprofundar essa questão.

Ockham desenvolveu tais argumentos a partir da necessidade de defender o *modus vivendi* franciscano face às práticas adotadas pelo restante da igreja católica. Essa situação é chamada na literatura de "A querela franciscana", e será a seguir examinada.

1.3 A QUERELA FRANCISCANA E OS NOVOS CONTORNOS DO DOMÍNIO

Um problema muito prático da relação entre homem e coisas ocorreu no Século XIII envolvendo as ordens mendicantes (dominicanos e franciscanos).⁹¹ Tais

⁸⁹ Conforme assinalam Hanbury & Martin, o Chanceler possuía autoridade para julgar casos envolvendo fraudes e quebra contratual. (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.8).

⁹⁰ Além do caso dos freis franciscanos, os quais não podiam ser proprietários em razão do voto de pobreza, os autores Hanbury & Martin citam a situação de cavaleiros que decidiam partir para uma cruzada e precisavam atribuir a alguém poderes para exploração de sua terra. (HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. p.8).

⁹¹ "As ordens religiosas mendicantes, dominicanos e franciscanos, criadas praticamente ao mesmo tempo, terão também um papel fundamental. Sua importância está ligada à sua função. Não são ordens monásticas, em que os eclesiásticos viviam no interior dos mosteiros, mas sim ordens dedicadas à vida no mundo leigo, à pregação e à conversão dos hereges e pagãos. É significativo o nome oficial da ordem fundada por são Domingos, Ordem dos Pregadores. Seu papel principal inicialmente foi o combate às heresias surgidas nesse momento no sul da França (cátaros e albigenses) e a defesa da fé, sendo, em seguida, encarregados da Inquisição. Assumiram, em

ordens religiosas adotavam o "voto de pobreza", por meio do qual deveriam doar seus bens à entidade religiosa ao nela ingressarem e a partir desse momento não poderiam ser proprietários de bens.

De acordo com o criador da ordem franciscana⁹², seus componentes deveriam seguir apenas o Evangelho, amar e respeitar a natureza e viver em pobreza. Não poderiam acumular bens, ter empregados e tampouco estabelecer moradia permanente.⁹³ O compromisso defendido por são Francisco de Assis era o de que os membros de sua ordem deveriam viver tal como Jesus Cristo e seus apóstolos, na simplicidade e na evangelização. Nesse sentido, é eloquente o Evangelho segundo são Mateus, capítulo 19, versículos 23-25, em que Jesus teria dito⁹⁴ aos seus discípulos que "É mais fácil um camelo passar pelo buraco de uma agulha do que um rico entrar no reino de Deus".⁹⁵ Na mesma direção, pregava-se igualmente que os franciscanos não

função disso, um lugar importante nas universidades, principalmente em Paris – por conseguinte, no desenvolvimento da filosofia e da teologia escolástica, destacando-se aí o pensamento de são Tomás de Aquino, o filósofo mais importante do período. A ordem fundada por são Francisco de Assis teve também um papel fundamental na revitalização do cristianismo, com sua defesa da austeridade e da pobreza, a discussão da natureza da Igreja e da vida religiosa e, posteriormente ao desempenhar uma função importante no desenvolvimento da filosofia e da ciência natural, sobretudo com a famosa escola franciscana de Oxford (Roberto Grosseteste, c.1175-1253; Roger Bacon, c.1214-92)". (MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 12.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.128).

⁹² "Fundador da ordem dos franciscanos, são Francisco de Assis (it. Giovanni Francesco Bernardone) nasceu em Assis, na Úmbria, Itália, c. 1182, e morreu em Porciúncula, perto de Assis, a 3 de outubro de 1226. É considerado, junto com santa Catarina de Siena, o padroeiro da Itália. De família de ricos comerciantes, dedicou-se ao comércio de tecidos e, em 1202, participou das lutas entre Assis e Perugia, tendo sido feito prisioneiro por quase um ano. Depois de libertado, caiu seriamente doente e, ao recuperar-se, experimentou conversão súbita, tendo uma visão de Cristo. Voltou para Assis, onde passou a se dedicar ao serviço de Deus, vivendo como eremita, em constante oração. A partir de 1208 cercou-se de muitos discípulos, que, como ele, faziam voto de pobreza. Apesar de leigo, dedicou toda a sua vida à pregação e catequese. Em 1209, junto com 12 discípulos, dirigiu-se a Roma, tendo o papa Inocêncio III aprovado a regra franciscana; os irmãos da ordem, inicialmente instalados em Assis, espalharam-se pela Toscana e por toda a Itália. Em 1212 fundou com santa Clara a ordem das clarissas e assistiu ao IV Concílio de Latrão, obtendo uma indulgência especial, a de Porciúncula. Em 1221 fundou a Ordem Terceira dos Irmãos e Irmãs da Penitência, fraternidade leiga destinada àqueles que não podiam abandonar suas casas, mas que adotavam os princípios franciscanos". (FRANCISCO DE ASSIS. In: ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1977. p.4965).

⁹³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.213-214.

⁹⁴ Por se tratar de um trabalho científico, optou-se por utilizar o verbo condicional.

⁹⁵ Para a compreensão da passagem completa: "**O jovem rico**. Nisso, alguém se aproximou e lhe perguntou: 'Mestre, que devo fazer de bom para ter a vida eterna?'. Ele lhe respondeu: 'Por que me perguntas pelo bom? Um só é o bom. Se quiseres entrar na vida, observa os mandamentos'. Ele perguntou: 'Quais?' Jesus respondeu: '*Não matarás, não cometerás adultério, não furtarás, não darás testemunho falso; honrará pai e mãe e ama teu próximo como a ti mesmo*'. O jovem lhe disse: 'Tudo isso eu tenho observado. O que ainda me falta?' Jesus respondeu: 'Se quiser ser perfeito, vai, vende tudo que tens, dá o dinheiro aos pobres, e terás um tesouro nos céus; depois vem e segue-me'. Ao ouvir isso, o jovem foi embora triste, porque possuía muitos bens. **Perigo das riquezas**. E Jesus disse aos seus discípulos: 'Eu vos garanto que um rico dificilmente entrará

deveriam se imiscuir com o Direito, muito embora devessem respeitar a ordem estabelecida.⁹⁶

Ao longo do tempo, parte dessas regras de conduta deixou de ser observada.⁹⁷ Ainda que desprovidos de opulência e farturas, os frades franciscanos passaram a habitar em sedes fixas, tais como conventos e igrejas. Além do estabelecimento de domicílios, utilizavam bens e tinham pertences pessoais, tais como roupas, calçados e utensílios de higiene. Necessitavam de água e alimentos, além de instrumentos de escrita e materiais de estudo. Nesse contexto, havia uma dificuldade considerável em defender que não eram proprietários de tais bens, o que desvirtuaria o compromisso mor do voto de miserabilidade.⁹⁸

no reino dos céus. E digo mais ainda: É mais fácil um camelo passar pelo buraco de uma agulha do que um rico entrar no reino de Deus'. Ao ouvirem isso, os discípulos se espantaram e disseram: 'Então, quem pode salvar-se?' Jesus olhou para eles e disse: 'Para os seres humanos isso é impossível, mas para Deus tudo é possível'. O **prêmio da renúncia**. Então, Pedro tomou a palavra e disse: 'E nós, que deixamos tudo e te seguimos, o que teremos?' Jesus respondeu: 'Eu vos asseguro: Quando todas as coisas forem renovadas e o Filho do homem se assentar no trono de sua glória, vós que me seguistes também vos assentareis em doze tronos para governar as doze tribos de Israel. E todo aquele que deixar casa, ou irmãos, ou irmãs, ou pai, ou mãe, ou filhos, ou campos por amor de meu nome, receberá cem vezes mais e possuirá a vida eterna. Mas muitos dos primeiros serão os últimos e dos últimos serão os primeiros'". (NEVES, Dom Lucas Cardeal Moreira. **Bíblia Sagrada**: matrimônio. 50.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.1180-1181).

⁹⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.216.

⁹⁷ Giorgio Agamben comenta o acerto de Francisco de Assis em deixar a pobreza franciscana como sendo uma temática extrajurídica: "Contudo, como costuma acontecer com frequência, tal doutrina, na exata medida em que essencialmente se propunha definir a pobreza com relação ao direito, revelou-se uma arma de duplo efeito, que abriu o caminho para o ataque decisivo desferido por João XXII precisamente em nome do direito. Uma vez definido o estatuto da pobreza com argumentos puramente negativos com relação ao direito e segundo modalidades que pressupunham a colaboração da Cúria, que havia reservado para si a propriedade dos bens dos quais franciscanos tinham uso, tornou-se claro que a doutrina do *usus facti* representava para os frades menores um escudo bastante frágil contra a artilharia pesada dos juristas curiais. Aliás, é possível que, ao acolher na *Exiit qui seminat* a doutrina de Boaventura sobre a separabilidade entre uso e propriedade, Nicolau III tivesse consciência da utilidade de definir algum modo em termos jurídicos, embora negativos, uma forma de vida que, do contrário, se apresentaria como inadmissível para o ordenamento eclesiástico. Desse ponto de vista, pode-se afirmar que Francisco foi mais precavido do que seus sucessores ao se recusar a articular em uma concepção jurídica e deixando de fato indeterminado seu *vivere sine próprio*; mas também é verdade que a *novitas vitae* que podia ser tolerada num pequeno grupo de monges errantes (pois tais eram de início os franciscanos), dificilmente podia ser aceita por uma poderosa e numerosa ordem religiosa". (AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2014. p.140).

⁹⁸ Mesmo dentro da ordem Franciscana havia membros com maior e menor comprometimento e respeito ao voto de pobreza, tal como aponta o historiador francês Jacques Le Goff: "São Francisco foge de Assis, mas ele divide sua própria atividade missionária e a de seus irmãos entre o retiro passado nos eremitérios e a pregação feita na cidade ou nas estradas. A cidade permanece, contudo, sendo o lugar onde os grandes clérigos tiveram os mais vivos êxitos. No início do século XIII, um dos primeiros discípulos de Francisco de Assis, Antônio de Pádua, vai pregar em Limoges. Tinha-se anunciado que ele pregaria em uma igreja. Muito tempo antes de sua chegada, já se reunia ali uma imensa multidão, que não caberia na igreja. Lembrara-se, então, de um anfiteatro romano em ruínas, próximo dali. É ali que Santo Antônio vai falar. Por que a fé se negaria à

A complexidade de explicar como fazer uso e consumir sem ocupar a posição de proprietário do bem foi de tamanha monta que é chamada por Michel Villey de "a grande querela franciscana da pobreza" e adjetivada como "um dos principais acontecimentos da história da filosofia do direito".⁹⁹

Logo, mesmo para os frades mais comprometidos em seguir os ensinamentos de São Francisco de Assis, havia um problema de ordem prática e de difícil transposição: como ter sem nada ter?¹⁰⁰

Num primeiro momento, a postura do papado foi colaborativa com os franciscanos. A solução encontrada pelo papa Nicolau III foi a de se valer do "artifício jurídico segundo o qual desses conventos, desse dinheiro, desses servidores ou desses livros, cuja posse estável era preciso garantir aos monges, eles apenas teriam o *uso*, mas não a *propriedade* (Bula *Quo elongati* de Gregório IX em 1230 etc.)".¹⁰¹ A titularidade era atribuída à Santa Sé ou a "amigos espirituais", espécie de "benfeitores laicos", ao passo que os frades franciscanos apenas disporiam do uso de tais bens.¹⁰²

Posteriormente, em virtude de questões políticas, o papado decidiu não mais atuar como proprietário dos bens utilizados pelos franciscanos. Em 1323, o papa João XXII¹⁰³ declarou que a postura de seus antecessores era equivocada, por se basear em uma ficção, e decidiu não mais atuar como "procurador" ou "proprietário" dos bens dos franciscanos.

evangelização do público postado sobre os restos de um monumento pagão? Será preciso esperar o século XIV para que, entre alguns franciscanos, se esboce um movimento verdadeiramente organizado de crítica da cidade. Georgette Duby e eu, frisando o anacronismo, os qualificamos de 'esquerdistas'. No concílio de Viena, em 1311, esses franciscanos, cuja principal figura era Ubertin de Casale (que reencontramos em *O nome da rosa*, de Umberto Eco), denunciaram o preço dos terrenos do centro da cidade e criticaram violentamente sua própria ordem, que, em muitas cidades, procurava instalar um convento em pleno centro". (LE GOFF, Jacques. **Por amor às cidades**: conversações com Jean Lebrun. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. p.136-137).

⁹⁹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.212.

¹⁰⁰ Faz-se aqui alusão ao Romance da Rosa, citado por Michel Villey. (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.218).

¹⁰¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.217.

¹⁰² LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.340.

¹⁰³ O papa João XXII foi o primeiro a fixar a sede papal em Avignon, França. Seu antagonismo com os franciscanos se deu, entre outros motivos, por não concordar com a disparidade entre o estatuto da vida franciscana e os bens por eles utilizados em sua realidade cotidiana. Iniciou seu papado em 1316 e faleceu em 1334. (GIOVANNI XXII. Disponível em: <<http://w2.vatican.va/content/vatican/it/holy-father/giovanni-xxii.html>>. Acesso em: 15 dez. 2015).

Cabe ressaltar que o papa João XXII tinha formação jurídica, o que auxilia a compreender sua irrisignação com a indiferença que os franciscanos tinham ao mundo do Direito. Além disso, foi o responsável pela canonização de Tomás de Aquino, o que demonstra a predileção pelo tomismo, segundo o qual "a propriedade é um direito natural". Nesse aspecto, a própria opinião de São Tomás de Aquino não coaduna com o estatuto da vida franciscana, pois para o teólogo o domínio e o uso seriam inseparáveis.¹⁰⁴

Para expressar sua contrariedade ao modo de agir dos franciscanos, o papa João XXII editou quatro bulas, nas quais expressa sua reprovação à crença franciscana de atingir a virtude suprema por meio da renúncia aos bens. São elas: *Ad conditorem canonum*, *Cum inter nonnullos*, *Quia quorundam* (1322 e 1324) e *Quia vir reprobis* (1329).¹⁰⁵

Nesses documentos oficiais, a partir da contribuição do célebre jurista da época Béranger Fredol, o papa João XXII refutou argumentos de seus predecessores, procurando esclarecer o real sentido jurídico do termo *jus*.¹⁰⁶ Concluiu que só seria viável entender separadamente os conceitos de usufruto e propriedade se esse último recebesse algum proveito, ainda que futuro e essa relação fosse temporária. Evidentemente, não era o caso dos franciscanos, que desejavam a continuidade do "usufruto" dos bens para o porvir das atividades da ordem religiosa.¹⁰⁷ Ademais, no que concernia aos bens consumíveis, eles por sua natureza eram ingeridos, gastos, desapareciam, não havendo como justificar que eram apenas usados, pois isso implicaria sua restituição.¹⁰⁸

¹⁰⁴ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.82.

¹⁰⁵ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.267.

¹⁰⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.269.

¹⁰⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.270.

¹⁰⁸ Giorgio Agamben tece um comentário interessante sobre os argumentos expressados pelo papa João XXII e as características da sociedade de consumo que se consolidou séculos mais tarde: "Ao opor radicalmente uso e consumo, João XXII, com uma inconsciente profecia, oferece o paradigma de uma impossibilidade de usar que encontraria sua realização completa muitos séculos depois na sociedade de consumo. Um uso que nunca é possível ter e um abuso que sempre implica um direito de propriedade e é, portanto, sempre próprio, definem o cânone do consumo de massa. Contudo, dessa maneira, talvez sem dar conta disso, o pontífice também revela a verdadeira natureza de propriedade, que se afirma com a máxima intensidade no momento em que coincide com o consumo da coisa". (AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2014. p.135).

Nesse momento, ocorre uma contradição na ordem franciscana: apesar de um de seus princípios ser o da não intervenção nas questões jurídicas, frades intelectuais precisam se dedicar ao estudo profundo do direito romano para nele encontrar um fundamento teórico para o seu *modus vivendi*.¹⁰⁹ São Francisco apregoou o voto de pobreza, mas não apresentou instruções de como ele deveria ser implementado no cotidiano dos freis franciscanos. Essa não foi uma preocupação em seu testamento, no qual apenas há o comando de que a sua ordem deveria se comportar tal como Jesus Cristo e seus apóstolos no tocante à simplicidade e ao não acúmulo de riquezas.¹¹⁰

É o que se verifica na obra do escolástico¹¹¹ franciscano são Boaventura, o qual justifica no *Digesto* que "em direito romano, o filho de família ou o escravo podem utilizar um pecúlio sem por isso serem qualificados de proprietários".¹¹²

¹⁰⁹ "Compreende-se agora a razão do paradoxo de que os escolásticos franciscanos, educados na indiferença em relação ao direito, bem poderiam ter contribuído para a teoria jurídica como algo de fundamental. Não puderam permanecer no não-direito; mas, precisamente, eles estão nas fronteiras do direito: acabaram encontrando-se, por fim, numa *situação-limite* e foram sempre as situações-limite que mais estimularam a reflexão filosófica. A deles é duramente criticada. Ei-los agora envolvidos numa controvérsia jurídica. E não qualquer controvérsia: uma controvérsia a respeito daquela noção em torno da qual, como mostrarei mais adiante, se dará a transição do pensamento jurídico clássico para os sistemas modernos: a de *direito individual*. Caso se tratasse apenas de opor, mais uma vez, ao regime da propriedade privada (restaurado na mesma época por são Tomás e sua escola) um ideal comunitário, não teríamos tido nada de inédito. Mas, aqui, tratava-se mais precisamente do estatuto da vida franciscana – questão de grande sutileza, já que a discussão gravitava em torno dos termos técnicos, uso, usufruto, *dominium* ou propriedade, que apenas técnicos em direito sabem distinguir com rigor". (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.219-220).

¹¹⁰ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.214.

¹¹¹ "É, portanto, apenas em torno dos sécs. XI-XII que assistimos ao surgimento da assim chamada 'escolástica', como ficou conhecida a filosofia medieval a partir de então. Este termo designa, de modo genérico, todos aqueles que pertencem a uma escola ou que se vinculam a uma determinada escola de pensamento e de ensino. Passou a significar também, por esse motivo, um pensamento filosófico que compartilha a aceitação de certos princípios doutrinários comuns, os dogmas do cristianismo que não deveriam ser objeto de discussão filosófica, embora na prática essa discussão não tenha deixado de acontecer. Eis um dos pontos cruciais da famosa querela entre a razão e a fé que percorre toda filosofia medieval desde este período. O desenvolvimento da filosofia torna-se possível devido à difusão e consolidação das escolas nos mosteiros e catedrais dedicadas à formação do clero e incluindo em seu currículo o estudo dos padres da Igreja, de filósofos e teólogos, principalmente santo Agostinho, bem como de gramática e de retórica. Em 1070 a 'reforma gregoriana', decretada pelo papa Gregório VII, estabeleceu que cada abadia e catedral tivesse uma escola onde se ensinavam os elementos básicos da cultura da época, o *trivium*, ou três vias, consistindo de uma introdução à gramática, lógica e retórica; e o *quadrivium*, ou quatro vias, composto de música, geometria, aritmética e física". (MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 12.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.118).

¹¹² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.218-219.

Contudo, o filósofo escolástico que desenvolveu com maior profundidade um estudo acerca do fundamento jurídico do uso dos bens pelos franciscanos foi Guilherme de Ockham¹¹³, na primeira metade do século XIV.¹¹⁴

O franciscano Guilherme de Ockham, conhecido pela alcunha de *Venerabilis Inceptor*¹¹⁵, era filósofo com formação em Oxford.¹¹⁶ Como bom seguidor de São Francisco de Assis, sua formação acadêmica não era jurídica e seu campo de estudo inicialmente não abrangia questões relacionadas ao Direito. Todavia, em virtude da postura de reprovação ao voto de pobreza franciscana assumida pelo papado, foi impelido a examinar algumas questões jurídicas bastante complexas.

Partindo dos ensinamentos de Duns Scot, de quem foi discípulo, Ockham é considerado precursor da ideia de direito subjetivo e do positivismo jurídico. O franciscano de Oxford baseou-se sobremaneira nos estudos de Duns Scot, o qual anos antes havia tecido revolucionária crítica a São Tomás de Aquino no tocante às "revelações entre a razão e a fé".¹¹⁷ Para Scot, teologia e filosofia se diferenciariam pelo fato de a primeira poder ser conhecida apenas pela revelação, ao passo que a segunda admitiria uma fundamentação racional. De acordo com Scot, "as verdades da fé não podem ser compreendidas e demonstradas pela razão, constituindo meros *credibilia* (o que pode ser criado)".¹¹⁸

Outro ponto importante de contraposição entre a teoria de Duns Scot e a filosofia de São Tomás de Aquino diz respeito à crítica dirigida ao realismo tomista,

¹¹³ "Guilherme de Ockham (c. 1300-50) foi talvez o filósofo mais influente do séc. XIV e teve inúmeros seguidores assim como adversários nesse período, devido a suas posições originais e, sob certos aspectos revolucionárias, principalmente nos campos da lógica, da metafísica e da teoria política. Franciscano, nascido na Inglaterra, estudou na Universidade de Oxford. Seu comentário ao *Livro das sentenças* de Pedro Lombardo, um exercício escolástico comum na época, levantou no entanto suspeitas de heresia, e Ockham foi convocado a Avignon, na França, então sede da Igreja e residência do papa, para ser questionado". (MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 12.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.133).

¹¹⁴ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.221.

¹¹⁵ CAVICHIOLO, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito**: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p.14.

¹¹⁶ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 12.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.133.

¹¹⁷ AQUINO, St. São Tomás et al. **Seleção de textos**. Traduzido por Luiz João Baraúna et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.234.

¹¹⁸ AQUINO, St. São Tomás et al. **Seleção de textos**. Traduzido por Luiz João Baraúna et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.234.

segundo o qual "as essências constituem universais que tornam inteligíveis os seres particulares".¹¹⁹ Para Scot,

[...] o universal e o individual estão contidos indiferentemente na essência. Isso significa que o real não é pura universalidade, pois esta fragmenta-se nos diferentes indivíduos. Por outro lado, significa também que o real não é pura individualidade, o que pode ser comprovado pelas ideias gerais. As essências não seriam, portanto, apenas universais, mas também individuais.¹²⁰

A obra de Ockham se caracteriza por apresentar uma "nova via", um novo modo pelo qual algumas questões filosóficas fundamentais seriam teorizadas. Ao se debruçar sobre a questão dos "universais", em contraposição ao tomismo, que assumia uma posição realista, Ockham desenvolverá o nominalismo.

De acordo com Carlos Lopes de Mattos, o nominalismo de Ockham:

retira dos universais toda e qualquer realidade ontológica. Afirma que os universais não têm realidade objetiva, existindo apenas no intelecto humano e como algo produzido por ele; não têm realidade nem nas coisas individuais, nem mesmo na mente divina. Os universais são, portanto, apenas palavras (em latim, *nome*, donde a expressão 'nominalismo' para a teoria de Ockham). Sendo somente signos, servem para designar um conjunto de semelhanças ou identidade de caracteres, abstraídos das coisas individuais pelo intelecto humano.¹²¹

Sendo assim, para o nominalismo, os universais existiram apenas na mente humana. Fora dela, no mundo fenomenológico, os seres são todos singulares, únicos.¹²² Essa forma de pensar rompe consideravelmente com a mentalidade até então predominante, pois enseja a compreensão da realidade não mais a partir do coletivo, mas do individual.¹²³

¹¹⁹ AQUINO, Sto. São Tomás et al. **Seleção de textos**. Traduzido por Luiz João Baraúna et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.234.

¹²⁰ AQUINO, Sto. São Tomás et al. **Seleção de textos**. Traduzido por Luiz João Baraúna et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.234.

¹²¹ AQUINO, Sto. São Tomás et al. **Seleção de textos**. Traduzido por Luiz João Baraúna et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p.236.

¹²² "[...] na realidade extramental, só existem seres singulares, entendendo-se como singular 'aquilo que é numericamente um só e não muitos e que não possui a capacidade de ser signo de muitos' (OPh I, 1974)". (DE BONI, Luís Alberto; Ockham, Guilherme de. In: BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Dicionário de filosofia do direito**. São Paulo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.615).

¹²³ Para mais detalhes, consultar a excelente dissertação de mestrado escrita por Rafael de Sampaio Cavichioli, sob orientação do Prof. Dr. Titular José Antônio Peres Gediel, a qual explora com maior profundidade o surgimento do sujeito de direito, valendo-se, para tanto, de primorosa incursão na filosofia do direito. (CAVICHIOI, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito: da filosofia humanista à dogmática contemporânea**. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006).

Desse modo, o nominalismo representa uma fissura muito importante com a mentalidade do medievo e que engendra as bases do pensamento moderno, muito mais centrado do indivíduo do que nos grupos sociais. No dizer de Antonio Manuel Hespanha:

Na verdade, passou a entender-se que aqueles atributos ou qualidades ("universais") que se afirmam ou negam em relação aos indivíduos (ser *pater familias*, ser escolar, ser plebeu) e que descrevem as relações sociais em que estes estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência, não são "coisas" sem a consideração das quais a sua natureza não pudesse ser integralmente apreendida – como queriam os "realistas". Sendo antes meros "nomes", externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta. Se o fizermos, obtemos uma série de indivíduos "nus", incaracterísticos, intermutáveis, abstratos, "gerais", iguais. Verdadeiros átomos de uma *sociedade* que, esquecidas as tais "qualidades" agora tornadas descartáveis, podia também ser ignorada pela teoria social e política. Ignorada a sociedade, *i.e.*, o conjunto de vínculos interindividuais, o que ficava era o indivíduo, solto, isolado, despido dos seus atributos sociais.¹²⁴

Logo, para Ockham, a realidade pode ser apreendida pelos indivíduos, dispensando o "universal" como instrumento de mediação para o conhecimento.¹²⁵

Esse novo modo de conceber a realidade também apresentou reflexos na fundamentação desenvolvida por Ockham para justificar a "querela franciscana". Em especial na obra *Opus nonaginta dierum*, o filósofo de Oxford rebate críticas do papa João XXII e veicula seus argumentos para justificar a forma de subsistência franciscana.

Nesse desiderato, de modo inovador associa direito a um poder, de modo que "cada direito será especificado pelo *conteúdo* do poder".¹²⁶ Diferencia, ainda, as noções de *jus poli*, a permissão ou faculdade que se recebe do céu para usar ou consumir um bem, do *jus fori*, "poder instituído pelo legislador temporal", que pode se vincular a um direito, tais como *jus utendi* e *proprietas*.¹²⁷ No caso dos franciscanos,

¹²⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p.111-112.

¹²⁵ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca; Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p.243.

¹²⁶ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.274.

¹²⁷ "O poder de apropriar-se das coisas foi dado por Deus ao homem, isto é, trata-se, em sentido lato, de algo de direito natural; já o fato de apropriar-se, o domínio próprio, não provém de Deus e sim do homem; o ato de apropriação pertence, portanto, ao direito civil, em seu sentido mais amplo, isto é, àquelas convenções estabelecidas entre os homens para repartirem entre si os bens materiais. Algumas dessas convenções surgiram antes da instituição do poder político, outras, foram instituídas pela autoridade civil, mas também pelos costumes, que possuam igualmente o valor de lei". (DE BONI, Luís Alberto; Ockham, Guilherme de. In: BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Dicionário de filosofia do direito**. São Paulo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.616).

haveria apenas o *jus poli*, de modo que eram titulares de um direito mas renunciariam ao poder, não sendo, portanto, proprietários dos bens.¹²⁸

Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca:

Ora, tudo isso seria completamente distinto, segundo o filósofo nominalista, do uso de fato (*usus facti*) que seria o "ato mesmo de fazer uso de uma coisa exterior, como habitar, comer e beber", atos estes que nem Cristo e nem os franciscanos renunciaram: renunciaram apenas ao poder. E a permissão de comer, beber ou habitar, este *ius*, não provinha do exercício de um poder, mas sim da permissão que se recebe do céu, da razão ou do direito divino (*ius poli*). Daí ser possível, então, "distinguir, *em relação a um mesmo bem*, cujo uso nos é atribuído, o poder que vem do céu de dele gozar e de consumi-lo, e o poder que vem da lei humana; separar a permissão de fazer uso desse bem, que todos os homens receberam do seu Criador, e o poder instituído pelo poder temporal", sendo que o *status* de jurídico é restrito a esta última espécie de exercício de poder.¹²⁹

A solução para essa celeuma foi uma construção teórica que diferenciou o uso do domínio em útil e em direto. O domínio útil seria apenas a situação de uso, ao passo que o direto compreenderia um direito de propriedade. Essa dicotomia engendrada nesse espaço e tempo servirá como mecanismo para o funcionamento do *use upon use* da *common law*, que mais tarde se tornará o *trust*.

A perspectiva defendida por Ockham não coaduna com a defendida pelo movimento dos "espirituais", ocorrida na França e na Itália ao fim do século XIII. Os entusiastas desse movimento sustentavam não só o voto de pobreza, mas a não participação na gestão de bens e professam um juízo extremamente negativo às situações de propriedade existentes na sociedade daquela época. Nesse ponto, interferiam na ordem jurídica posta, pois expressavam sua contrariedade a ela, o que diverge do mandamento franciscano de não participação em questões jurídicas.¹³⁰

¹²⁸ Conforme esclarece Michel Villey, "Aquilo a que os franciscanos renunciam é, portanto, uma segunda espécie de direito, que será chamado – sempre na esteira de um santo Agostinho deformado – *jus fori*. Ockham define o *jus fori* como a *potestas* que nasce, diz ele, '*ex patione*', que procede da convenção e da lei positiva humana e comporta a sanção pública. Era o caso do *dominium*, do usufruto, do *jus utendi*, a que se referem precisamente as bulas favoráveis à ordem, e em relação aos quais Ockham sublinhou que decorriam '*ordinatione humana*' e que sua essência consistia precisamente no poder de recorrer à sanção criada pelo Estado: '*potestas vendicandi et defendendi in humano judicio*'. (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.276).

¹²⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **A formação da subjetividade jurídica moderna**: notas sobre a constituição de nosso direito. Disponível em: <goo.gl/SSvrP6>. Acesso em: 13 jan. 2016.

¹³⁰ Nas palavras de Michel Villey: "Esses espirituais retomam o culto intransigente da pobreza, chegam mesmo a exagerá-lo: com um rigor escolástico bem diferente da maneira evangélica de são Francisco, professam agora o desprezo pela propriedade, e, como verdade de fé, que Cristo e seus primeiros apóstolos viveram na pobreza, sem jamais serem proprietários; denigrem (o que

Conforme prestigiados historiadores do Direito, a originalidade do pensamento de Ockham residiria justamente por romper com o corporativismo típico da Idade Média e inaugurar o paradigma individualista próprio da Modernidade.

A partir do exame dessa ordem de ideias, Luis Alberto de Boni tece uma crítica bastante pertinente ao expor a ironia existente entre a razão pela qual Ockham devotou seus estudos jurídicos (justificativa do *modus vivendi* franciscano) e o fato de sua teoria ter se tornado o alicerce do fundamento racional do direito de propriedade, que na época moderna é caracterizada como individual e absoluta: "Mas não deixa de ser interessante que o defensor da pobreza absoluta dos frades seja também o defensor de um quase sagrado direito de propriedade para as pessoas em geral".¹³¹

Nessa linha de pensamento, Antonio Manuel Hespanha aponta para as consequências da doutrina de Ockham, a qual paulatinamente redundou em substanciais alterações nas relações entre os sujeitos e as coisas. Para Hespanha, "Esta corrente intelectual será desenvolvida pela escolástica franciscana dos finais da Idade Média, pela Escola Peninsular de Direito Natural (Segunda Escolástica) e, finalmente, culminará na concepção individualista da propriedade das escolas jus-racionalistas do século XVIII".¹³² Para o autor, as mudanças mais notáveis foram: i) a consideração de haver uma relação estreita entre domínio e vontade, uma vez que propriedade e liberdade fariam parte da autodeterminação dos seres humanos, corolário de um direito natural; ii) o entendimento do domínio como um "direito tendencialmente absoluto"¹³³ e indivisível. A multiplicidade dominial tão típica do medievo passou a ser considerada um disparate; iii) a designação do domínio como "poder essencialmente privado; ou seja, originado na vontade individual, em satisfação de impulsos também individuais e, por isso, satisfazendo interesses meramente privados".¹³⁴ Seriam

não agradava muito à Curia) a propriedade como uma forma de vida moralmente inferior; para os próprios franciscanos, condenam qualquer vestígio de propriedade, qualquer participação na própria administração dos bens dos conventos; não aceitam estritamente nada além do *uso* e do 'uso pobre' (*usus pauper*). Revoltam-se contra o papa e lançam, a dissensão na ordem". (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.221). Para mais detalhes acerca do movimento dos espirituais, consultar FALBEL, Nachman. **Os espirituais franciscanos**. São Paulo: EDUSP; FAPESP, 1995.

¹³¹ DE BONI, Luís Alberto; Ockham, Guilherme de. In: BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Dicionário de filosofia do direito**. São Paulo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.616.

¹³² HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.84-85.

¹³³ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.85.

¹³⁴ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.86.

essas as principais características do novo "modelo proprietário"¹³⁵ cunhado a partir da contribuição franciscana, complementado pela Segunda Escolástica e pelos jus-racionalistas, o qual foi captado nas codificações modernas.¹³⁶

Logo, a obra de Ockham "demarca a passagem do direito clássico ao direito moderno". Na síntese de Michel Villey: "[...] percebemos na obra jurídica de Ockham

¹³⁵ "Este modelo 'proprietário' apresenta os seguintes traços estruturais: a) A propriedade é um direito natural, anterior à ordem jurídica positiva, decorrente da própria natureza do homem como ser que necessita de se projectar exteriormente nas coisas para se realizar. Alguns autores vão mesmo ao ponto de colocar a propriedade como origem do direito, direito cujo objetivo não seria senão distinguir 'o meu e o teu'. E, na verdade, o pórtico de algumas das mais características exposições do direito civil de então é constituído pela enunciação de umas quantas "regras de trânsito" gerais dos direitos (dos 'meus' e dos 'teus') dos indivíduos. b) A propriedade é um direito absoluto, no sentido (que era o originário do Code) de que não está sujeita a limites externos, pelo que o seu exercício não depende de condicionamentos ou autorizações externas. No momento em que foi introduzida no Code civil, esta referência ao carácter absoluto da propriedade implicava a abolição de uma série de ónus fiscais, feudais ou comunitários, que impendiam sobre a terra. Mas iria também justificar a antipatia por todas as formas de limitação ou condicionamento da liberdade de dispor exclusivamente das coisas, anteriormente conhecidas, quer de natureza privada (v.g., as formas de comunhão e de indivisão, os vínculos, a necessidade de autorização ou outorga para alienar, os direitos de preferência, os laudêmios), quer de natureza pública (v.g., os regimes de licenciamento administrativo da transmissão ou oneração do solo, os condicionamentos públicos da venda, como os monopólios ou estancos, os regimes de amortização, etc.). Propriedade absoluta é, assim, a propriedade não partilhada, aquela que não reconhece qualquer *dominium eminens* ou *directum exterior*. É a propriedade franca, que obedece à regra natural da 'liberdade natural da propriedade'. c) A propriedade é um direito pleno, ou seja, contém em si todas as faculdades de acção que o seu titular pode desenvolver em relação à coisa, incluindo a sua destruição económica ou física. Isto significa, em primeiro lugar, que o direito de propriedade não se destina a garantir a funcionalidade económica das coisas, não visa reflectir, no campo do direito, as utilidades possíveis das coisas, antes possibilitando exercícios a-funcionais, como o não cultivo de uma terra ou a destruição de uma coisa. d) A propriedade é um direito tendencialmente perpétuo, daí decorrendo a tendência para o desfavor das formas temporalmente limitadas de domínio (*fideicomissos*, *enfiteuses* em vidas, *cláusulas de retroacção*) e a promoção da propriedade perpétua. e) A propriedade é, finalmente, um direito essencialmente privado, não devendo, portanto, co-envolver direitos de carácter público, como acontecera na constituição fundiária e política do Antigo Regime. Estes competiam – como vinha dizendo a doutrina desde Francisco Suarez (*De legibus*, I, 8 4 ss.) – à *iurisdictio* e não ao *dominium* enquanto faculdades dos particulares, seriam abusivos e devim ser abolidos". (HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.87-90).

¹³⁶ Conforme afirma Eroulths Cortiano Junior: "Embora as noções de liberdade e de direito subjetivo nasçam juntas na medievalidade cristã, vão separar-se com o advento do jusracionalismo. De qualquer sorte, a gênese do direito subjetivo demonstra que há um determinado campo para a atuação do indivíduo – de cada um e de todos os indivíduos – dentro do qual ele tem ampla liberdade para decidir acerca de seu destino terreno e perseguir seus interesses. O direito subjetivo vai servir, então, de garantia à liberdade do homem: liberdade diante do Estado e liberdade como autonomia. Já o espaço de igualdade há que ser um espaço formal, porque a superação da estrutura tradicional pressupõe a formalização de uma nova ordem, na qual todos passam a ser iguais, a par de suas diferenças. A superação da ordem tradicional faz construir a idéia de sujeito de direito com as respectivas possíveis titularidades. Indivíduo e sujeito se equivalem. E, se todos são sujeitos, todos são iguais". (CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.53-54).

a eclosão, quanto às fontes do direito, do *positivismo jurídico*, e quanto à sua estrutura, da noção de *direito subjetivo* individual.¹³⁷

Cumpre salientar que o *Venerabilis Inceptor*, por maior que seja o mérito de suas obras, não deve ser considerado o "criador" do conceito de direito subjetivo, isso porque essa categoria alcança contornos precisos apenas no jusracionalismo moderno, em especial com a Pandectística Alemã nos séculos XVIII e XIX. Logo, a importância de Ockham reside no fato de ele ter criado as bases para o desenvolvimento da noção de direito subjetivo a partir da defesa da existência de um liame entre direito e poder.¹³⁸ Sendo assim, pode-se dizer que a obra de Ockham representa um contributo

Na busca dos fundamentos do direito, a referência à natureza das coisas é, com efeito, substituída pouco a pouco pela referência à *natureza do homem*. Essa mutação conduzirá ao advento da "modernidade". A antropologização do jus-naturalismo será na verdade a sua "modernização", fundamentalmente ligada à transformação dos esquemas e categorias até então pertinentes à filosofia.¹³⁹

¹³⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.225. Em sentido contrário, consultar a obra "Altíssima pobreza", de Giorgio Agamben, no qual o autor discorda das posições dos historiadores do direito Paolo Grossi e Michel Villey: "É a partir desta clara separação entre a propriedade e o uso que estudiosos como Michel Villey e Paolo Grossi puderam encontrar precisamente nos mestres franciscanos os fundamentos de uma teoria moderna do direito subjetivo e de uma teoria pura da propriedade entendida como *actus voluntatis* [ato de vontade]. No entanto, é importante não esquecer que as definições do direito de propriedade como *potestas* em Ockham e a propriedade como *uti re ut sua* e a vontade de domínio, tanto nos tratados publicados por Delorme quanto por Ricardo de Conington e Bonagratia, foram formuladas unicamente para fundamentar a separabilidade e a autonomia do uso e legitimar a pobreza e a renúncia de todo direito. A teoria do direito subjetivo e do *dominium* foi elaborada pelos franciscanos para negar, ou melhor, para limitar o poder do direito positivo, e não, como parecem pensar Villey e Grossi, para fundamentar a sua absolutidade e soberania. Contudo, exatamente por isso, também é certo que eles tiveram de definir suas características próprias e autonomia". (AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2014. p.137-138).

¹³⁸ É necessário frisar, ainda, que preocupação de Ockham quanto aos argumentos acerca do conceito de domínio é tão somente político-eclesiástica. Não parece acertado também afirmar que com Ockham formulou-se, pela primeira vez, a idéia de direito subjetivo porque este é um conceito de caráter marcadamente pautado no individualismo Moderno e que tem sua formulação consolidada apenas com o jusracionalismo Moderno (e a tese dos direitos do homem e do cidadão) e com a Pandectística Alemã dos séculos XVIII e XIX. Nesse aspecto, parece mais apropriado concordar com Villey, para o qual é "... o conjunto da filosofia professada por Guilherme de Ockham, destinada a um longo caminho, que é a mãe do direito subjetivo". (CAVICHIOLO, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito**: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p.37).

¹³⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.40.

Nesse particular, a propriedade dita moderna, ou seja, uma, absoluta e individualística, será desenvolvida sobretudo nos países de tradição *civil law*, ao passo que nos países de *common law* a propriedade permanecerá com traços medievais arrojados pela adoção da dicotomia "domínio útil" e "domínio direto", que passa a ser aplicada pelo Chanceler em sua Corte para solucionar conflitos que envolviam *equity*.¹⁴⁰ Como acima afirmado, o Chanceler em regra era um homem religioso, o que auxilia a explicar o resgate da doutrina Ockhaniana concernente à querela franciscana.

1.4 O RECONHECIMENTO JURÍDICO DOS *TRUSTS*

Conforme foi acima afirmado, o *trust* enquanto instituto jurídico surgiu no contexto peculiar do pós-conquista normanda da Inglaterra no qual o povo desenvolveu mecanismos para intrujar o pagamento de tributos. Por decorrer da força criativa do cotidiano da sociedade daquela época, de início carecia de força jurídica. A existência de diferentes tribunais dentro da tradição *common law* deu azo para que ocorressem julgamentos divergentes em casos semelhantes. De acordo com o critério estabelecido no precedente *Earl of Oxford Case*, de 1616, em caso de conflito a decisão proferida pelo Tribunal de Chancelaria prevaleceria em relação a advinda dos Tribunais de *common law*.¹⁴¹ No que concerne ao *trust*, não demorou muito para que as diferentes cortes destinassem tratamento divergente a esse instituto.¹⁴²

Para os Tribunais Reais, o *trustee* era considerado o titular do bem. Por outro lado, para a Corte de Chancelaria havia uma preocupação em respeitar o acordo celebrado entre as partes, em preservar a palavra dada. Em razão disso, a solução encontrada pelo Chanceler foi proceder a um desdobramento do direito de propriedade. Entendeu-se que ao *trustee* corresponderia o título de propriedade (*legal title*), ao passo que ao beneficiário (*cestui que use*) caberia o domínio útil (*beneficial use*).

¹⁴⁰ "Aux yeux des juristes anciens, le pouvoir exercé par l'homme sur les choses apparaît comme une réponse à la question du juste et de l'injuste et, au-delà, à la question de la finalité du droit. Propriété simultanée et propriété exclusive ont été justifiées, l'une et l'autre, par une conception métaphysique de la place de l'homme dans l'univers. La conception chrétienne a sous-tendu spirituellement les propriétés simultanées; l'idée du droit naturel et des droits de l'homme a fondé, philosophiquement, la propriété exclusive. A l'une et à l'autre, le droit romain, très sollicité, a prêté ses techniques". (PATAULT, Anne-Marie. **Introduction historique au droit des biens**. Paris: Presses Univ. de France, 1989. p.16).

¹⁴¹ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.331.

¹⁴² FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.22.

Aos poucos, a partir dos casos que foram levados à apreciação da Corte de Chancelaria, a qual não exigia um *writ* específico que condicionasse o ingresso em juízo e adotava um julgamento baseado sobretudo em fundamentos morais e religiosos, paulatinamente passou-se a dar cogência para os arranjos de *trusts* que eram feitos. Logo, o *trust* se transmutou de uma situação fática para uma figura jurídica mais bem delineada.¹⁴³ O descumprimento da palavra dada até então carecia de consequências jurídicas. Nesse momento, passa a produzir implicações relacionadas aos direitos reais.

A juridicidade do *trust* é fundamentada pelo Chanceler sobretudo a partir dos argumentos desenvolvidos por Ockham em sua resposta à querela concernente ao voto de pobreza. Ockham fragmentou o domínio em legal e útil para justificar como os franciscanos poderiam consumir certos bens sem se tornarem proprietários. Essa construção foi aplicada pelo Chanceler para sustentar que o *trustee* teria o domínio legal e o beneficiário (*cestui que use*) o domínio útil.

Interessante notar que a construção de Ockham – que como acima afirmado proporcionou sustentação jurídica das decisões do Chanceler que conferiram efeitos jurídicos ao *trust* – igualmente forneceu elementos para a consolidação do conceito de direito subjetivo. Esse conjunto de ideias fará com que o paradigma medieval seja suplantado aos poucos pelo paradigma moderno.

Logo, curiosa e surpreendentemente a obra de Ockham é utilizada para fundamentar tanto o modelo de propriedade da *common law*, no qual há a divisão entre domínio legal e domínio útil, como o modelo proprietário da *civil law*, no qual a propriedade é vista como indivisível.

Desse modo, a partir da fundamentação na obra de Ockham, encontra-se um ponto de contato entre as tradições da *common law* e da *civil law*. Os modelos proprietários de ambas as tradições foram alicerçados no pensamento ockhaniano, razão pela qual se entende na presente tese que elas não seriam absolutamente incompatíveis. Desse modo, a refutação da recepção do *trust* em sistemas pertencentes à tradição *civil law* sob a alegação de que seriam modelos proprietários incompatíveis não se mostra adequada, dada a origem comum decorrente do pensamento ockhaniano.

¹⁴³ Conforme explica Mario G. Losano, a dualidade de tribunais findou em 1873 com a publicação do *Judicature Act*. (LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.331).

Tendo sido examinadas as primeiras noções sobre os *trusts*, considerando sobretudo o percurso histórico pelo qual passaram até culminar em seu reconhecimento jurídico, serão analisados a seguir os esforços para a construção de um conceito de *trust* que seja aceito internacionalmente. Dada a crescente importância dos *trusts*, surgiram iniciativas para viabilizar a circulação desse modelo para países pertencentes a ordenamentos jurídicos para além da *common law*.

CAPÍTULO II

O ESFORÇO PARA A ESTIPULAÇÃO DE UM CONCEITO INTERNACIONAL DE *TRUST*

2.1 A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE A LEI APLICÁVEL AO *TRUST* E A SEU RECONHECIMENTO

A Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento¹⁴⁴, concluída em 1.º de julho de 1985, foi elaborada pela Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado a partir de sua 14.^a Sessão, em 1980¹⁴⁵, com o objetivo de regular o instituto do *trust*, conhecido por alguns estados membros da Conferência, em sua maioria de tradição *common law*, mas desconhecido na maioria dos estados de tradição *civil law*, havendo a peculiar intenção de construir pontes entre países dessas tradições.¹⁴⁶ Com isso, tornou-se possível o reconhecimento dos *trusts* nos

¹⁴⁴ Embora exista tradução oficial do texto da Convenção para o português, (Disponível em: <<https://goo.gl/xJ4gXu>>. Acesso em: 21 dez. 2015), optou-se por trabalhar com o texto autêntico da Convenção em inglês, para permitir maior atenção à terminologia empregada, visando análise comparada com o teor da primeira seção deste capítulo. O texto autêntico da Convenção em inglês está disponível em: <<https://goo.gl/vAQPN6>>. Acesso em: 21 dez. 2015. Há, também, versão autêntica do texto em francês, bem como traduções oficiais para diversos outros idiomas.

¹⁴⁵ OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzième session**: Trust – loi applicable et reconnaissance. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.370.

¹⁴⁶ OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzième session**: Trust – loi applicable et reconnaissance. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.372 ("*La présente Convention veut régler une institution, le trust, connue de certains Etats membres de la Conférence, le plus souvent Etats de common law, mais qu'ignorent la plupart des Etats de civil law, Membres de la Conférence. En cela, elle diffère essentiellement des autres Conventions de La Haye, qui règlent, sur le plan des conflits de lois, des conflits de juridictions ou de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, des institutions, telles que l'adoption, le divorce, le contrat de vente ou les obligations alimentaires, régies certes par des règles de droit international privé divergentes dans les divers Etats, mais connues partout. Si certaines de ces Conventions visaient à réconcilier les pays à principe de nationalité et les pays à principe de domicile, la présente Convention est plus particulièrement destinée à jeter des ponts entre pays de common law et pays de civil law*"). Tradução livre: "A presente Convenção quer regulamentar uma instituição, o *trust*, conhecida por certos Estados membros da Conferência, mais frequentemente Estados de *common law*, mas que ignoram a maioria dos Estados de *civil law*, Membros da Conferência. Nisto, ela difere essencialmente das outras Convenções da Haia, que regulam, no plano dos conflitos de leis, conflitos de jurisdições ou do reconhecimento e da execução das decisões, das instituições, tais como a adoção, o divórcio, o contrato de venda ou as obrigações alimentares, regidas certamente por regras de direito internacional privado divergentes em diferentes Estados, mas conhecidas em todos os lugares. Se algumas dessas Convenções visavam reconciliar os países com princípio de nacionalidade e os países com princípio de domicílio, a presente Convenção é mais particularmente destinada a construir pontes entre países de *common law* e países de *civil law*").

países que o ignoram, mas, ao mesmo tempo, forneceram-se critérios até então inexistentes para a escolha da lei aplicável aos *trusts* instituídos internacionalmente, mesmo em países onde o *trust* já existe, devido à disparidade das regras de conflito em cada local.¹⁴⁷

Em que pese tenha sido criado pela *equity* para a consecução de finalidades concernentes ao direito sucessório, conforme elucidado na Seção 1.1 acima, o *trust* teve sua utilização ampliada para outras finalidades, destacando-se hodiernamente nas relações de comércio internacional. Foi sobretudo a utilização do *trust* nesse campo que motivou a análise aprofundada do instituto pela Conferência da Haia e a redação da Convenção.¹⁴⁸

¹⁴⁷ JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.26, 1987.

¹⁴⁸ "C'est essentiellement le développement du trust dans les relations du commerce international qui a incité les rédacteurs de la convention de la Haye à tenter de trouver une loi applicable en ce domaine". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.24, 1987). Tradução livre: "É essencialmente o desenvolvimento do *trust* nas relações do comércio internacional que incitou os redatores da Convenção da Haia a tentar achar uma lei aplicável neste campo". Nessa mesma linha, em importante trabalho sobre a principal utilização e vocação dos *trusts* hodiernamente, John H. Langbein (The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce. **Yale Law Journal**, n.107, p.165-189, 1997) esclarece que apesar de os *trusts* serem mais relacionados e estudados em suas modalidades de transmissões gratuitas direcionadas à propósitos familiares ou sucessórios, em verdade atualmente são muito mais utilizados para fins comerciais. A título de ilustração, o autor menciona os valores consideráveis que são movimentados por meio de *trusts* nos EUA e até mesmo no Japão (país cujo ordenamento jurídico é de *civil law*). Em sua opinião, a razão pela qual os *trusts* com fins comerciais não são tão estudados academicamente é porque essa utilização é relativamente recente quando comparada aos usos mais remotos do instituto, como pode ser visto a seguir: "My theme in this Essay is that the American legal intellectual tradition, which characterizes the trust as a branch of the law of gratuitous transfers, is at odds with the reality of American trust practice. In truth, most of the wealth that is held in trust in the United States is placed there incident to business deals, and not in connection with gratuitous transfers. It will be seen that well over 90% of the money held in trust in the United States is in commercial trusts as opposed to personal trusts" (p.186). Tradução livre: "Meu tema neste Ensaio é que a tradição jurídico-acadêmica americana, que caracteriza o *trust* como um ramo do direito de transferências a título gratuito, encontra-se em conflito com a realidade da prática americana dos *trusts*. Em verdade, a maior parte da riqueza mantida em *trust* nos Estados Unidos é colocada neste instituto em decorrência de negócios empresariais, e não em decorrência de transferências a título gratuito. Aparentemente, mais de 90% do dinheiro mantido em *trusts* nos Estados Unidos está em *trusts* comerciais, e não em *trusts* pessoais"; "The Japanese have built a trust industry with assets amounting to \$2 trillion, all but exclusively in various forms of commercial trusts, including mutual funds, real estate development trusts, and various time deposit products. Japanese experience shows that it is possible to have a vibrant trust system that is virtually untouched by donative transfers" (p.186). Tradução livre: "Os japoneses construíram uma indústria de *trusts* com bens somando US\$ 2 trilhões, quase exclusivamente em diversas formas de *trusts* comerciais, incluindo fundos mútuos, *trusts* de desenvolvimento imobiliário, e diversos produtos de depósito por prazo determinado. A experiência japonesa demonstra que é possível ter um Sistema vibrante de *trusts* que esteja virtualmente intocado por doações"; "I conclude where I began, with the puzzle of legal culture. The commercial trust is vastly more important in raw economic terms than the personal trust. Yet those of us who think of ourselves as trust lawyers often have scant exposure to commercial trusts, and we have little awareness of their size and extent. Why is the magnitude of commercial trust practice not appreciated? Why do we continue to

Importante assinalar, primeiramente, que a Conferência da Haia é uma organização mundial que visa à cooperação interfronteiras em matéria civil e comercial realizada pela primeira vez pelo governo Holandês em 1893. A Conferência tornou-se uma organização intergovernamental permanente em sua 7.^a Sessão em 1951, com a elaboração de um Estatuto vigente a partir de 15 de julho de 1955, com o propósito de "trabalhar para a unificação progressiva das normas de direito internacional privado".¹⁴⁹ Participaram da elaboração do Estatuto da Conferência da Haia em 1955 como estados-membros fundadores dezesseis Estados.¹⁵⁰ Posteriormente, aderiram ao Estatuto outros quarenta e nove.¹⁵¹

Visando atingir o propósito da Conferência, delineado em seu Estatuto, são empregados como métodos a negociação e a redação de tratados e convenções multilaterais em diversas áreas do Direito Internacional Privado, tais como a cooperação internacional judicial e administrativa, o reconhecimento de sociedades empresárias, a execução de decisões estrangeiras e a resolução de conflitos entre leis sobre contratos, responsabilidade civil, obrigações alimentares, proteção de crianças, entre outras matérias. Os projetos redigidos pelas Comissões Especiais da Conferência, compostas por especialistas de diversos estados-membros, são discutidos e adotados

think of the trust as a branch of the law of gifts?" (p.188). Tradução livre: "Eu encerro pelo início de minha exposição, com o enigma da cultura jurídica. O *trust* comercial é vastamente mais importante em termos puramente econômicos que o *trust* pessoal. No entanto, ainda há juristas que consideram especialistas em *trusts* que têm pouca exposição aos *trusts* comerciais, havendo pouca compreensão de sua dimensão e extensão. Por que a magnitude da prática dos *trusts* comerciais não é apreciada? Por que continuamos a pensar o *trust* como ramo da disciplina de doações?"; "*The lack of awareness of commercial trusts among American trust lawyers thus reflects both the antiquity of the trust in the practice of donative transfers and the relative recency of so many of the forms of commercial trust*" (p.189). Tradução livre: "A ausência de conhecimento sobre *trusts* comerciais entre os juristas americanos especialistas em *trusts* reflete, assim, tanto a antiguidade do *trust* na prática de doações e o caráter relativamente recente de tantas outras formas de *trusts* comerciais".

¹⁴⁹ "*The purpose of the Hague Conference is to work for the progressive unification of the rules of private international law*". (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Statute of the Hague Conference on Private International Law**. Haia: HCCH, 1955. Artigo 1).

¹⁵⁰ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Statute of the Hague Conference on Private International Law**. Haia: HCCH, 1955. Preâmbulo. Foram eles a República Federativa da Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a Dinamarca, a Espanha, a Finlândia, a França, a Itália, o Japão, Luxemburgo, a Noruega, a Holanda, Portugal, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, a Suécia e a Suíça.

¹⁵¹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Statute of the Hague Conference on Private International Law**. Haia: HCCH, 1955. Nota 1. Foram eles a Albânia, a Argentina, a Austrália, Belarus, Bósnia e Herzegovina, o Brasil, a Bulgária, o Canadá, o Chile, a República Popular da China, a Croácia, Chipre, a República Tcheca, o Egito, a Estônia, a Geórgia, a Grécia, a Hungria, a Islândia, a Irlanda, Israel, a Jordânia, a República da Coreia, a Letônia, a Lituânia, a Malásia, Malta, o México, Mônaco, o Marrocos, a Nova Zelândia, o Panamá, o Paraguai, o Peru, a Polônia, a Romênia, a Federação Russa, Sérvia e Montenegro, a República da Eslováquia, a Eslovênia, a África do Sul, Sri Lanka, Suriname, a Ex-República Iugoslava da Macedônia, a Turquia, a Ucrânia, os Estados Unidos da América, o Uruguai e a Venezuela.

nas Sessões Plenárias da Conferência da Haia, ocorridas, a princípio, a cada quatro anos¹⁵², podendo ser realizadas Sessões Extraordinárias, caso necessário. A última Sessão de que se tem notícia foi realizada em 2007, sendo esta a 21.^a Sessão Plenária da Conferência.¹⁵³

A Conferência da Haia difere de outras organizações internacionais que se ocupam do Direito Internacional Privado, como é o caso, por exemplo, do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Instituto de Roma ou UNIDROIT), pois, enquanto este busca unificar o direito material em um plano internacional – como é o caso da Convenção de Viena, ou Lei Uniforme de Compra e Venda Internacional de Mercadorias¹⁵⁴ –, a Conferência da Haia ocupa-se com conflitos entre normas e problemas de natureza procedimental que surgem no curso de transações transnacionais.¹⁵⁵

Neste espírito, a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento ("Convenção da Haia")¹⁵⁶, em seu preâmbulo, assinala que os

¹⁵² "The Ordinary Sessions of the Conference shall, in principle, be held every four years". Tradução livre: "As Sessões Ordinárias da Conferência serão, a princípio, realizadas a cada quatro anos". (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Statute of the Hague Conference on Private International Law**. Haia: HCCH, 1955. Artigo 4(6)).

¹⁵³ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Information on the Hague Conference on Private International Law** (documento eletrônico). Disponível em: <<https://goo.gl/UC4MR6>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

¹⁵⁴ Ver, por todos, SCHLECTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de tradução de Eduardo Grebler, Vera Fradera e César Guimarães Pereira. São Paulo: RT, 2014.

¹⁵⁵ "Nas últimas décadas, o mundo presenciou um aumento significativo do compromisso com a democracia e com as políticas de integração. Esses objetivos políticos e económicos, que se complementam, deram origem a uma enorme quantidade de leis importantes. Isso inclui reformas constitucionais e de Direitos civis, acordos de integração e legislação comercial, bem como inovações fiscais. Essas tendências de integração resultaram no surgimento de um melhor conhecimento pelos sistemas estrangeiros. Nesse sentido aparece o Direito dos Trusts". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.125). Ver, ainda, KEARNEY, Richard D. The United States and International Cooperation to Unify Private Law. **Cornell International Law Journal**, v.5, n.1, p.4-6, 1972. p.4.

¹⁵⁶ Maurizio Lupoi (The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.83, 2007) critica a linguagem na versão autêntica francesa da Convenção e em outras traduções oficiais, ao empregar o termo "*trust*" no singular. Em seu entendimento não existe um *trust*, mas sim *trusts*, dada a grande variedade de espécies desse instituto. Para o autor, o uso do singular é genérico e, portanto, inútil: "*Another major misunderstanding concerns the use of the word 'trust' in the singular. 'The trust' does not exist, 'trusts' do: unilateral, bilateral, testamentary, inter vivos, for a long term, for a short term, express, constructive, resulting, implied, for beneficiaries, for purposes, public, private, family trusts, business trusts, financial trusts, security trusts, tax-motivated, management-motivated, custody-motivated, embodying overriding powers, bare, protective, for accumulation and maintenance – one could go on forever, and the only inescapable conclusion would be that it is little short of total uselessness to try to work in general terms to describe a general institution that as such does not exist. Generalities must be avoided and trusts must be dissected and examined from within, not from without*". Tradução livre: "Outra relevante má-compreensão refere-se ao uso do termo '*trust*' no singular. 'O *trust*' não

estados signatários visaram estabelecer disposições comuns sobre o direito aplicável ao *trust*, a fim de lidar com as questões mais importantes referentes ao seu reconhecimento.¹⁵⁷ Isto ocorre porque, sendo o *trust* um instituto jurídico peculiar, desenvolvido por tribunais de equidade em países de *common law*, mas adotado alhures com ajustes e modificações¹⁵⁸, a Convenção da Haia buscou lidar com a possibilidade de reconhecimento de *trusts* instituídos em locais cujo direito acolhe-os em países que não possuem este instituto.

Ao tempo da elaboração e posterior assinatura deste importante documento, um primeiro passo significativo já havia sido dado por Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo e Holanda na assinatura da Convenção de Bruxelas sobre Competência Jurisdicional e a Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, de 17 de setembro de 1968.¹⁵⁹ Entre outras disposições, previa que alguém domiciliado em algum dos estados signatários poderia ser processado em outro estado-membro na qualidade de *settlor*, *trustee* ou beneficiário de um *trust* criado por lei, por instrumento escrito ou oralmente, caso evidenciado por escrito, nos tribunais do estado-membro

existe, mas sim '*trusts*': unilaterais, bilaterais, testamentários, *inter vivos*, a longo prazo, a curto prazo, expressos, implícitos, resultantes, para beneficiários, para objetivos, públicos, privados, de família, empresariais, financeiros, securitários, com fins tributários, com fins organizacionais, com fins de guarda, com poderes primordiais incorporados, descobertos, protetivos, para acumulação e manutenção – poderíamos continuar *ad eternum*, e a única conclusão inescapável é que seria praticamente inútil buscar trabalhar em termos gerais para descrever um instituto geral que não existe. Generalidades devem ser evitadas e os *trusts* devem ser dissecados e examinados *de dentro*, não de fora". Por concordar-se com as observações de Lupoi, buscou-se ao longo do trabalho utilizar "*trusts*", no plural, sempre que possível. Aparecem no texto algumas exceções, devido a limitações vernaculares, havendo compromisso sobretudo com a clareza da redação.

¹⁵⁷ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Preâmbulo ("*Desiring to establish common provisions on the law applicable to trusts and to deal with the most important issues concerning the recognition of trusts*"). Tradução livre: "Desejando estabelecer disposições comuns sobre a lei aplicável ao *trust* e regular os problemas mais importantes relativos a tal reconhecimento").

¹⁵⁸ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Preâmbulo ("*Considering that the trust, as developed in courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution*"). Tradução livre: "Considerando que o *trust* é um instituto característico criado pelos tribunais de equidade nos países de *common law*, adotado por outros países com certas modificações").

¹⁵⁹ BRUSSELS Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. 27 set. 1968. Disponível em: <<http://goo.gl/WhkXjU>>. Acesso em: 14 jan. 2016. Posteriormente, vieram a integrar tal Convenção o Reino da Dinamarca, a Irlanda e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, mediante a Convenção de Acesso de 9 out. 1978, com alterações na Convenção de Bruxelas de 1968 (COUNCIL Convention on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on its Interpretation by the Court of Justice. 9 out. 1978. Disponível em: <<http://goo.gl/JgHF2J>>. Acesso em: 14 jan. 2016).

onde o *trust* fosse domiciliado.¹⁶⁰ No mesmo diapasão, para determinar se um *trust* é domiciliado no estado-membro a cujo judiciário for submetida a questão, o juízo deverá aplicar as suas regras de Direito Internacional Privado.¹⁶¹ Tal documento internacional auxiliou a estipular as bases para o reconhecimento de *trusts* instituídos em países de *common law*, e foi um fator decisivo para a célere ratificação da Convenção da Haia pela Itália, bem como por outros países de tradição *civil law* da Comunidade Europeia.¹⁶²

¹⁶⁰ "In order to determine whether a trust is domiciled in the Contracting State whose courts are seised of the matter, the court shall apply its rules of private international law". (BRUSSELS Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. 27 set. Artigo 5.6. 1968. Disponível em: <<http://goo.gl/WhkXjU>>. Acesso em: 14 jan. 2016) Tradução livre: "Para determinar se um *trust* tem domicílio em um Estado Membro cujos tribunais têm competência sobre a causa, o tribunal deverá aplicar suas regras de direito internacional privado".

¹⁶¹ "A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued [...] as settlor, trustee or beneficiary of a trust created by the operation of a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing, in the courts of the Contracting State in which the trust is domiciled". (BRUSSELS Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. 27 set. 1968. Artigo 53.2. Disponível em: <<http://goo.gl/WhkXjU>>. Acesso em: 14 jan. 2016). Tradução livre: "Uma pessoa domiciliada em um Estado Membro poderá ser processada em outro Estado Membro [...] enquanto *settlor*, *trustee* ou beneficiária de um *trust* criado por lei ou por instrumento escrito, ou, ainda, mediante prova escrita de criação verbal, nos tribunais do Estado Membro onde o *trust* tiver domicílio".

¹⁶² "Italy was the first civil law country to have on its statute book the Hague Convention of 1985 on the Law applicable to Trusts and on their Recognition. The timely ratification of the Convention by the Italian legislature was a surprise in some circles, even though our country, like other member states of the European Community, had already agreed on a uniform jurisdictional basis for suits related to trusts and on uniform rules governing the recognition of judgments in the same matter". (GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.189). Tradução livre: "A Itália foi o primeiro país de tradição *civil law* a ter em sua legislação a Convenção da Haia de 1985 sobre a Lei aplicável aos *Trusts* e seu Reconhecimento. A célere ratificação da Convenção pelo legislador italiano surpreendeu alguns círculos, mesmo que nosso país, como outros membros da Comunidade Europeia, já tivesse acordado em adotar uma base judicial uniforme para julgar ações relacionadas aos *trusts* e regras uniformes dispendo sobre o reconhecimento de julgamentos sobre a mesma matéria". Ver, também, VAN LOON, Hans. The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise**. Paris: Montchrestien, 2005 p.21: "What also prompted the work on the Trusts Convention was the entry of the trust countries, the United Kingdom and Ireland, into the EEC, and the resulting amendment of the Brussel Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. For the first time, the Brussels Convention, now converted into Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, was to include a special basis of jurisdiction for litigation concerning any of the internal relationships between the principal characters of the trust: settlor, trustee, and beneficiary. This special jurisdiction was said to exist, in the absence of an exclusive choice for another forum, at the «domicile» of trust. This domicile was not defined, however, and the Brussels Convention therefore left it to the courts seised of the matter to determine whether a trust is domiciled in its jurisdiction by applying its own rules of private international law. The need to provide the courts with a tool to determine this domicile, together with a growing, more general practical need for guidance for cross-border situations where a trust has property in non-trust jurisdictions, led the Hague conference to include the «question of the international validity and recognition of trusts» as its priority project in the agenda

Segundo Maurizio Lupoi, a Convenção foi bem sucedida em estabelecer critérios para resolver conflitos de leis relativas ao *trust*.¹⁶³ Contudo, em especial para os países de *civil law* (e a principal razão de sua participação) é o fato de a Convenção, em seu Artigo 2¹⁶⁴, pretender fornecer uma definição do que é um *trust*, para se poder definir o que pode ser reconhecido enquanto *trust*.¹⁶⁵

for its Fifteenth Plenary Session". Tradução livre: "O que também motivou os trabalhos sobre a Convenção sobre *Trusts* foi o ingresso dos países que possuem *trusts*, o Reino Unido e a Irlanda, na CEE, e a resultante emenda da *Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 sobre Competência e Reconhecimento e Execução de Julgamentos em Matéria Civil e Comercial*. Pela primeira vez, a Convenção de Bruxelas, agora convertida no *Regulamento de Conselho (CE) n.º 44/2001, de 22 de Dezembro de 2000, sobre Competência e Reconhecimento e Execução de Julgamentos em Matéria Civil e Comercial*, deveria incluir um critério especial para competência sobre casos envolvendo quaisquer das relações internas entre os principais sujeitos do *trust*: *settlor*, *trustee* e beneficiário. Essa competência especial existiria na ausência de escolha determinada de outro foro onde o *trust* tivesse «domicílio». Tal domicílio, porém, não foi definido, e a Convenção de Bruxelas, portanto, deixou aos tribunais competentes determinar se um *trust* tem domicílio em seu foro aplicando suas próprias regras de direito internacional privado. A necessidade de fornecer aos tribunais uma ferramenta para determinar o domicílio, em conjunto com uma necessidade crescente e, em geral, prática de guiar situações interfronteiras em que um *trust* tenha bens em foros que não reconheçam o *trust*, levaram a conferência da Haia a incluir a «questão da validade e reconhecimento internacional dos *trusts*» como um projeto prioritário em sua Décima-Quinta Sessão Plenária".

¹⁶³ "The Convention succeeded in laying down conflict rules where generations of scholars had failed and textbook authors were quick to recognize its positive effect". (LUPOI, Maurizio. *The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience*. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.80, 2007).

¹⁶⁴ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 2 ("For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - *inter vivos* or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose. A trust has the following characteristics - a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust"). Tradução livre: "Para os fins desta Convenção, o termo "trust" se refere às relações jurídicas criadas por uma pessoa, o *trustee* – por ato *inter vivos* ou *causa mortis* – quando os bens forem colocados sob controle de um *trustee* para o benefício de um beneficiário ou para um fim específico. O *trust* apresenta as seguintes características: a) os bens constituem um fundo separado e não são parte do patrimônio pessoal do *trustee*; b) a propriedade dos bens do *trust* está em nome do *trustee* ou de outra pessoa em nome do *trustee*; c) o *trustee* tem poderes e deveres, estando em virtude deles responsável por gerenciar, empregar ou dispor dos bens sob os termos do *trust* e dos deveres especiais impostos ao *trustee* pela lei. O fato de o *settlor* reservar certos poderes ou o *trustee* possuir certos direitos na qualidade de beneficiário não exclui necessariamente a existência de um *trust*").

¹⁶⁵ Em sentido contrário, VAN LOON, Hans. *The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise**. Paris: Montchrestien, 2005. p.19-20. "The Trusts Convention addresses the problem of the trust in the conflict of laws. Its purpose is not to introduce the trust concept into the internal law of non-trust States. Efforts to create a generalized trust concept allowing civil law countries to align their laws with that of the common law countries go back to the 1950's, and may have received a new impetus from the Hague Convention. However, this is not what the Convention is about: it is about unifying the conflict of laws for, and providing recognition of trusts against a background of varying textures of

Importante delinear o que se entende por reconhecimento de *trusts*, nos termos da Convenção da Haia, conforme seu Artigo 11.¹⁶⁶ A Convenção explicita que somente será possível o reconhecimento de *trusts* instituídos de acordo com normas de direito interno condizentes com a Convenção. Por reconhecimento, entende-se que, no mínimo, os bens do *trust* constituam patrimônio separado dos bens de titularidade dos sujeitos envolvidos na instituição do *trust* (*settlor*, *trustee* e beneficiário), e que o *trustee* tenha capacidade processual para demandar e ser demandado na condição de *trustee*, podendo requerer e atuar nesta condição perante um tabelião ou qualquer outro oficial. O reconhecimento traz consigo, ainda, determinadas consequências: (i) os credores de obrigações pessoais do *trustee* não podem alcançar os bens do *trust*, (ii) os bens do *trust* não comporão o patrimônio do *trustee* na hipótese de sua

property, contract, inheritance and other laws. The challenge was to design conflicts rules that would facilitate the smooth functioning of the trust in its transnational economic and social applications while taking into account the lack of a similar institution in most civil law systems". Tradução livre: "A Convenção sobre *Trusts* aborda o problema do *trust* no contexto do conflito de leis. Seu propósito não é introduzir o conceito de *trust* no direito internacional de países que não possuem *trusts*. Esforços para criar um conceito generalizado de *trust*, permitindo países de *civil law* a alinhar suas leis àquelas de países de *common law* remontam à década de 1950, e podem ter recebido um novo ímpeto da Convenção da Haia. No entanto, não é a isso que se refere a Convenção: seu propósito é unificar as regras de conflito de leis para, e fornecer reconhecimento de *trusts* contra um plano de fundo de variadas texturas de direitos reais, contratos, sucessões e outras leis. O desafio foi desenvolver regras de conflitos que facilitariam o funcionamento escorreito do *trust* em suas aplicações econômicas e sociais, ao mesmo tempo em que se considera a ausência de instituto semelhante na maioria dos sistemas de *civil law*".

¹⁶⁶ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 11 ("*A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognised as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity. In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular - a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets; b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy; c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death; d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum*". Tradução livre: "O *trust* criado em conformidade com a lei determinada pelo Capítulo anterior deve ser como um *trust*. O reconhecimento significa, pelo menos, que os bens do *trust* sejam distintos do patrimônio pessoal do *trustee* e que o *trustee* possa figurar como autor ou réu, ou comparecer na qualidade de *trustee* perante um notário ou qualquer autoridade pública. Na medida em que a lei aplicável ao *trust* assim exigir ou prever, tal reconhecimento implica notadamente: a) que credores pessoais do *trustee* não tenham acesso aos bens do *trust*; b) que os bens do *trust* são separados do patrimônio do *trustee* em caso de sua insolvência ou falência; c) que os bens do *trust* não integram a propriedade matrimonial ou a sucessão do *trustee*; d) que a recuperação dos bens do *trust* é permitida, nos casos em que o *trustee*, em violação das obrigações resultantes do *trust*, confundiu os bens do *trust* com seus bens pessoais ou deles dispôs. No entanto, os direitos e obrigações de um terceiro detentor dos bens do *trust* permanecem sujeitas à lei determinada pelas regras de conflito do foro").

insolvência ou falência¹⁶⁷; (iii) os bens do *trust* não estão sujeitos ao regime de bens do *trustee* ou de seu cônjuge, tampouco integrarão o espólio do *trustee* quando de sua morte; e (iv) os bens do *trust* podem ser recuperados quando houver confusão patrimonial com os bens do *trustee* ou forem indevidamente alienados, podendo ser assegurado o direito de terceiro de boa-fé de acordo com a norma de direito interno aplicada no foro em questão.¹⁶⁸

O Relatório Explicativo da Comissão Especial responsável pela redação da Convenção da Haia¹⁶⁹, elaborado pelo relator Alfred E. von Overbeck, indica a possibilidade de haver em países de *civil law* instituições estruturalmente análogas ao *trust*, portanto abrangidas pela Convenção, e instituições apenas funcionalmente análogas ao *trust*, criando dificuldades maiores ao reconhecimento de *trusts* legalmente instituídos.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Há sistemas jurídicos, como o dos Estados Unidos da América, em que existe a possibilidade de requerer a falência de pessoas físicas. Ver: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**, Título 11, Capítulo 13 (1984) (document eletrônico). Disponível em: <<http://goo.gl/i04K17>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

¹⁶⁸ Milena Donato Oliva sintetiza quais as qualidades distintivas do instituto do *trust* adotado pela Convenção da Haia: "Portanto, têm-se como traços característicos básicos do *trust* referido na Convenção de Haia os que se seguem: (i) o *trustee* figura como titular das situações jurídicas subjetivas ativas conferidas em *trust*; (ii) tais situações jurídicas ativas formam patrimônio afetado, insuscetível de ataque pelos credores pessoais do *trustee*; (iii) o *trustee* tem o poder-dever de administrar aludido patrimônio especial conforme o estabelecido no ato constitutivo do *trust* e de acordo com a lei; (iv) os beneficiários, em virtude do mecanismo de funcionamento do *trust* calcado no expediente da segregação patrimonial, têm direito pessoal em face do *trustee*, ao qual pode ser atribuído, por opção legislativa, oponibilidade perante terceiros. Esta configuração do *trust*, como se ressaltou, denota a riqueza do instituto, caracterizado pelo binômio versatilidade-segurança, haja vista poder servir, de maneira eficaz, à realização de inúmeras funções, promovendo, por conseguinte, múltiplos interesses merecedores de tutela". (OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.368).

¹⁶⁹ Para uma visão geral abreviada do funcionamento da Comissão Especial, ver JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Actes et documents de la quinzisième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. II, *Trust, loi applicable et reconnaissance*. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v.39, n.2, p.502-503, abr./jun. 1987.

¹⁷⁰ OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzisième session**: *Trust – loi applicable et reconnaissance*. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.372-373 ("*On remarquera, par exemple, que, si l'application de la Convention au trust proprement dit ne fait pas de doute, la question de savoir si des institutions analogues existant dans certains pays de civil law répondent encore aux critères de la Convention, sera plus difficile à résoudre [...]. Notons, avec le Président de la Commission, qu'il faudra distinguer les institutions structurellement analogues au trust, qui tombent sous la Convention, de celles qui ne sont que fonctionnellement analogues et qui ne sont pas réglées*". Tradução livre: "Observaremos, por exemplo, que, se a aplicação da Convenção em relação ao *trust* propriamente dito não dá dúvidas, a questão de saber se instituições análogas que existem em certos países de *civil law* respondem ainda aos critérios da Convenção, será mais difícil para resolver [...]. Observemos, com o Presidente da Comissão, que será necessário distinguir as instituições estruturalmente análogas ao *trust*, que estão ao alcance da Convenção, daquelas que são somente funcionalmente análogas e que não estão regulamentadas").

Segundo Camille Jauffret-Spinosi, a Convenção da Haia apresenta, assim, duas grandes originalidades. A primeira originalidade seria que, como nunca antes, um ato normativo passou a prever qual será a lei aplicável a alguns países em relação a um instituto que eles ignoram. Com isso, os países que ratificarem a Convenção terão, sem discussão acerca de sua (in)compatibilidade com o sistema jurídico nacional de cada país, aceitado reconhecer o *trust*, atendendo-se a um dos objetivos basilares da Convenção, que é evitar que os juízes dos países que não preveem o *trust* o "qualifiquem", no sentido de dar aos *trusts* uma roupagem própria de seus ordenamentos.¹⁷¹ Já a segunda originalidade decorre da primeira: a Convenção não é recíproca para todos os Estados que dela participam.¹⁷² Há "*concessão unilateral dos países de civil law de aceitarem reconhecer um trust*"¹⁷³, o que impõe consigo maior confiança nas autoridades judiciárias e administrativas locais.¹⁷⁴ A Convenção da Haia é, portanto, bastante diferente de outras convenções elaboradas pela Conferência da Haia, na medida em que, segundo Antonio Gambaro, constitui-se mais em regras

¹⁷¹ "*Pour la première fois, semble-t-il, une convention prévoit la loi applicable dans certains pays à une institution qu'ils ignorent. Ces pays lorsqu'ils auront ratifié la convention accepteront, sans la discuter, l'institution des pays de common law : le trust, sans la requalifier, sans tenter de lui faire produire effet en essayant de la rapprocher d'institutions romanistes. Là est l'un des intérêts majeurs de la convention. Il fallait éviter la qualification, par les juges du fond des pays ignorant le trust, de cette institution*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.23-24, 1987). Tradução livre: "Pela primeira vez, parece que uma Convenção prevê a lei aplicável em certos países a uma instituição que eles ignoram. Estes países, quando terão ratificado a Convenção aceitarão, sem discuti-la, a instituição dos países de *common law*: o *trust*, sem requalificá-la, sem tentar que produza um efeito tentando aproximá-la de instituições românicas. Aí está um dos maiores interesses da Convenção. Era preciso evitar a qualificação, pelos juízes do interior que ignoravam o *trust*, desta instituição".

¹⁷² "*En effet, les pays de civil law acceptent de reconnaître le trust alors que les pays de common law ne soumettent à aucune obligation*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.24, 1987). Tradução livre: "Com efeito, os países de *civil law* aceitam reconhecer o *trust* enquanto que os países de *common law* não se submetem à nenhuma obrigação".

¹⁷³ "*Les travaux préparatoires démontrent bien la conscience des représentants des pays où existe le trust de la concession unilatérale que représente pour les pays qui l'ignorent, la reconnaissance sans la discuter de cette institution, pour en faire produire les effets sur leur territoire*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.24, 1987). Tradução livre: "Os trabalhos preparatórios demonstram realmente a consciência dos países representados nos quais existe o *trust* da concessão unilateral que representa, para os países que o ignoram, o reconhecimento sem discussão desta instituição, com o objetivo de produzir efeitos em seu território".

¹⁷⁴ "*L'absence de réciprocité impose aussi, aux Etats qui devront faire produire effets au trust, de faire confiance à des autorités judiciaires et administratives responsables de la surveillance du trust dans les lieux où il s'exerce*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.24, 1987). Tradução livre: "A ausência de reciprocidade impõe também, aos Estados que deverão produzir efeitos ao *trust*, confiarem a autoridades judiciárias e administrativas responsáveis da sua vigilância nos lugares aonde ele é exercido".

que permitem o reconhecimento de *trusts* instituídos em outros países que em regras de conflito de leis.¹⁷⁵

Como dito, a Convenção foi desenvolvida a partir da 14.^a Sessão Plenária da Conferência da Haia, em 1980, tendo sido concluída na Sessão seguinte, a décima quinta, em 1984, e assinada em 1.^o de julho de 1985.¹⁷⁶ Sua vigência, no entanto, deu-se apenas em 1.^o de janeiro de 1992. Apesar da assinatura, ainda não ratificaram a Convenção os Estados Unidos da América, a França e Chipre.

É possível dividir os Estados signatários da Convenção em dois grupos: aqueles que possuem *trusts* ou institutos análogos, e aqueles que não os possuem, havendo interesses distintos na ratificação.¹⁷⁷ O primeiro grupo, composto por aqueles países que possuem *trusts*, tem como interesse o reconhecimento dos *trusts* instituídos sob o seu direito em locais onde não existe a figura do *trust*. Há, ainda, interesse na existência de regras para a resolução de conflito de normas, pois há diferenças entre os sistemas de direito interno mesmo entre os países onde existe o *trust*.¹⁷⁸ Já com relação ao segundo grupo, composto por aqueles países onde não há a figura do *trust*, o interesse é menos evidente, mas não menos importante. Como bem apontado no Relatório Explicativo:

¹⁷⁵ Antonio Gambaro afirma que: "*Ne è risultata una convenzione che non segue gli schemi tipici delle convenzioni de L'Aia perché il suo nucleo centrale non è costituito dalla predisposizione di norme di conflitto uniforme, quanto dal riconoscimento da parte di un paese firmatario degli effetti di un meccanismo giuridico ancorché esso sia estraneo al suo sistema tradizionale*". (GAMBARO, Antonio. *Trust*. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: Sezione civile. 4.ed. Torino: UTET, 1999. v.19. p.464) Tradução livre: "O resultado foi uma convenção que não segue os padrões típicos das convenções de Haia, porque seu núcleo central não é constituído pela predisposição de normas de conflito uniforme, como pelo reconhecimento por parte de um país signatário dos efeitos de um mecanismo jurídico, ainda que seja alheio ao seu sistema tradicional".

¹⁷⁶ A Convenção da Haia teve como signatários, cronologicamente, a Holanda, a Itália, Luxemburgo, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, os Estados Unidos da América, o Canadá, a Austrália, a França, Chipre e a Suíça. Aderiram posteriormente à Convenção Malta, Liechtenstein, San Marino e Mônaco. Por força da devolução da Região Administrativa Especial de Hong Kong à República Popular da China em 1997, após a assinatura da Convenção pelo Reino Unido em 1992, o governo chinês decidiu que a Convenção permaneceria em vigor em Hong Kong, sem, no entanto, aderir a ela. Para a relação completa de Estados signatários da Convenção da Haia, com indicação de data de assinatura, ratificação, vigência e eventuais ressalvas ao texto, ver <<https://goo.gl/cxgCgN>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

¹⁷⁷ OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzième session**: Trust – loi applicable et reconnaissance. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.373.

¹⁷⁸ OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzième session**: Trust – loi applicable et reconnaissance. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.373.

O interesse dos Estados que desconhecem o *trust* aparece com menos clareza. Estes poderiam, ao contrário, temer que os princípios de seus sistemas jurídicos possam ser abalados pela intrusão de um instituto estrangeiro um tanto inquietante. A este respeito, convém destacar que jamais houve a intenção de introduzir o *trust* em países de *civil law*, mas simplesmente fornecer aos seus juízes os instrumentos apropriados para compreender esta figura jurídica. E é precisamente aqui onde reside o interesse na Convenção pelos países que desconhecem o *trust*. Como o instituto não é previsto no direito material, eles evidentemente não possuem regras de direito internacional privado que possam o reger, e eles são, portanto, reduzidos a buscar laboriosamente a introdução dos elementos do *trust* em seus próprios conceitos. Ao contrário, a Convenção põe à sua disposição regras de conflito de leis relativas ao *trust*, após ela indica em que deve consistir o reconhecimento do *trust*, mas também os limites de tal reconhecimento.¹⁷⁹

Reside aqui o ponto chave da importância da Convenção da Haia aos países de tradição *civil law*, onde o *trust* não apenas é desconhecido dos operadores do direito em geral, como é também visto com desconfiança.¹⁸⁰ Como bem explicitado

¹⁷⁹ Tradução livre de: "*L'intérêt des Etats ne connaissant pas le trust apparaît avec moins d'évidence. Ceux-ci pourraient, au contraire, craindre que les principes de leur système juridique ne soient ébranlés par l'intrusion d'une institution étrangère quelque peu inquiétante. A ce propos, il convient de souligner qu'il n'a jamais été question d'introduire le trust dans les pays de civil law, mais simplement de fournir à leurs juges les instruments propres à appréhender cette figure juridique. Et c'est précisément là que réside l'intérêt de la Convention pour des Etats ne connaissant pas le trust. L'institution n'étant pas prévue par leur droit matériel, ils ne possèdent pas no plus de règles de droit international privé qui puissent la régir et ils en sont réduits à chercher laborieusement à faire entrer les éléments du trust dans leurs propres concepts. Au contraire, la Convention met à disposition des règles de conflit de lois relatives au trust; puis elle indique en quoi doit consister la reconnaissance du trust, mais aussi les limites de cette reconnaissance*". (OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzième session**: Trust – loi applicable et reconnaissance. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.373). A tradução deste trecho para o português baseou-se também na tradução oficial do Relatório para o inglês, feita pela Secretaria Permanente da Conferência da Haia ("*Bureau Permanent*"): "*The interest of States which do not have trusts appear less clearly. These may on the contrary fear that the principles of their judicial systems might be shaken by the inclusion of a somewhat troubling foreign institution. In this connection it should be emphasized that there was never any question of introducing the trust into the civil law countries, but simply of furnishing to their judges the instruments which are appropriate to grasp this legal device. And this is precisely where the interest of the Convention lies for those States which do not have trusts. Since the institution is not provided for in their substantive law, they of course also do not have rules of private international law to govern it, and they are therefore reduced to seeking laboriously to introduce the elements of the trust into their own concepts. To the contrary, the Convention puts at their disposal conflict-of-laws rules for trusts; then it indicates what the recognition of a trust should consist of, but also the limits of this recognition*". (OVERBECK, Alfred E. Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck. Tradução de Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau. In: HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Proceedings of the Fifteenth Session (1984)**: Trusts, applicable law and recognition. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.373).

¹⁸⁰ Veja-se, por exemplo, TORRES, Heleno Tavares. Trust não pode ser usado para sonegação fiscal. **Consultor Jurídico** (online), 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/SFuaJC>>. Acesso em: 23 dez. 2015. ("O *trust*, não obstante seja importante instrumento jurídico dos países anglo-saxões, nas últimas décadas, porém, passou a ser intensamente utilizado por diversos 'paraísos fiscais', ao lado das *holdings companies*, como medida para o que alguns chamam impropriamente de 'proteção patrimonial'). Ver também JUSTO, Marcelo. As cinco estratégias favoritas dos ricos para sonegar impostos. **BBC Brasil** (online), 24 maio 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/Q3aMgi>>.

no trecho transcrito, não foi o objetivo da Convenção a criação do instituto jurídico do *trust* nos países que não o possuem, como, além dos sistemas de tradição *civil law*, os sistemas jurídicos hindu e socialista, por exemplo.¹⁸¹ O que a Convenção permite aos seus signatários e Estados ratificantes é a existência de categorias seguras para se poder afirmar quando um *trust* existe, mesmo se instituído sob as normas de direito interno estrangeiros, e em que condições pode ser reconhecido, ou não. Sem os elementos de reconhecimento fornecidos pela Convenção, corre-se o risco de se empreender uma busca por categorias jurídicas análogas para a compreensão de situações de fato submetidas ao crivo do Poder Judiciário, fadadas evidentemente ao insucesso, ante à peculiaridade do instituto com o qual se labora. O objetivo, portanto, é facilitar a atuação dos juízes, ao mesmo tempo preservando-se o sistema jurídico interno de cada Estado. Segundo Camille Jauffret-Spinosi, a Convenção da Haia propicia que o *trust* não seja um "Cavalo de Troia" nos sistemas romanistas.¹⁸²

Com relação à sua estrutura, a Convenção da Haia é dividida em cinco capítulos. O Capítulo I dispõe sobre o escopo de aplicação da Convenção, onde delimita o que se entende por *trust* e quais os institutos que podem ser assim compreendidos. O Capítulo II, acerca do direito aplicável, lida com o escopo da aplicação da norma de regência do *trust*, a possibilidade de sujeitarem-se determinados elementos do *trust* a outras normas e mudanças da lei aplicável ao *trust*. O Capítulo III da Convenção trata do reconhecimento de *trusts*, e estabelece as condições mínimas para que possa haver o reconhecimento, bem como a forma como deverá constar do registro público. Este capítulo também contém dispositivos que permitem o não reconhecimento de

Acesso em: 23 dez. 2015. (Ao descrever a utilização de "laranjas", "testas de ferro" ou "empresas fantasmas" como "uma maneira de esconder rastros", o texto afirma que "[u]ma variante dessa situação é o Trust, um antigo instrumento legal inglês no qual o dono de um bem cede seu controle para uma pessoa que o administra em benefício de um terceiro"). As eventuais implicações criminais do uso de trusts para a prática de sonegação fiscal ou lavagem de dinheiro, assim como uma análise do rumoroso caso envolvendo trusts e o então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Eduardo Cunha, serão tratadas adiante.

¹⁸¹ Sobre os principais sistemas jurídicos contemporâneos, ver, por todos, DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 11.ed. Paris: Dalloz, 2002.

¹⁸² "C'est alors que les pays de civil law rencontrent le trust et se heurtent à lui. C'est la rencontre avec l'inconnu, mais l'inconnu est là, et la sagesse n'a jamais été de rejeter ce que l'on ne connaît pas, mais de l'accueillir, une fois démystifié, le trust ne peut être un Cheval de Troie dans les systèmes romanistes". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.26, 1987). Tradução livre: "Então, é assim que os países de *civil law* encontram o *trust* e o confrontam. É no encontro com o desconhecido, mas aquele que está lá, e a sabedoria nunca rejeitou aquilo que não se conhece, mas o acolhe, e quando desmitificado, o *trust* não pode ser um Cavalo de Tróia nos sistemas românicos".

um *trust*, quando este se mostrar impróprio, além de possibilitar a preservação de normas de direito interno mais favoráveis ao reconhecimento do *trust* que aquelas da Convenção. O Capítulo IV, por sua vez, contém regras diversas referentes à modulação de alcance e efeito das regras previstas na Convenção, tais como dispositivos que permitem a ampliação do alcance da Convenção mediante decisão judicial, entre outros. Por fim, o Capítulo V dispõe sobre assinatura, ratificação, acessão, vigência e denúncia da Convenção.

Mesmo que o objetivo da Convenção da Haia seja audacioso – na medida em que pretende fornecer critérios para o reconhecimento de *trusts* instituídos em qualquer lugar do mundo nos mais diversos países enquanto *trusts* – foi necessário simplificar a noção de *trust* nela prevista.

Em seu preâmbulo, é determinado que o instituto do *trust* advém das *Courts of Equity da Common Law* e que é adotado com algumas modificações em países com ordenamentos jurídicos com características diversas, sendo ele um instituto singular. Contudo, a dificuldade com a qual a Convenção teve de lidar foi a de como captar e prever todas as modalidades existentes do *trust*, figura notória justamente pela sua versatilidade. Foi necessário simplificar essa figura tão complexa, deixando de fora da Convenção diversas espécies de *trusts*.

A opção da Convenção da Haia foi a de, em seu Artigo 2, apresentar uma definição de *trust* concernente aos seus propósitos, isto é, deixa claro que o que está sendo enunciado não é a definição geral do instituto *trust*, mas sim uma aceção própria para os objetivos e limites da Convenção.¹⁸³ Essa primeira elucidação é

¹⁸³ Sobre os bastidores da opção feita no Artigo 2, Hans Van Loon (The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie**: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise. Paris: Montchrestien, 2005. p.24-25) afirma que: "At the Diplomatic Conference in October 1984, however, the mood changed. Several delegates from civil law countries insisted that the Convention should cover their trust or trust-like institutions: the Egyptian delegate mentioned the charitable waqf and the Japanese delegate the shintaku. Others observed that they had in their laws institutions which performed functions equivalent to those of the trust. The delegates from Luxembourg, Mr Delvaux and Mr Mathékovitsch, eloquently pleaded for the inclusion of analogous institutions, and in that context Mr Delvaux referred to the Luxembourg fiducie created in 1983. [...] It is precisely for the purpose of offering some guidance to civil law lawyers, unfamiliar with the common law trust, that Article 2 attempts to elucidate its basic structural characteristics – not to define them since that would be impossible even between common law lawyers – and Article 11 further specifies some of its effects. Article 2 must therefore always be read, not in isolation, but with the common law trust – and in particular its structural characteristics – in mind. Another view would divert the Convention from its purpose and would, moreover, lead to inconsistencies between the application of the Hague Trusts Convention and other international instruments. For example, although Article 2 – deliberately – avoids the term «ownership» where it refers to the role of the trustee and speaks of «control», there is no question that cases of agency are outside the

muito importante, pois deixa claro que não foi objetivo da Convenção estabelecer um conceito definitivo sobre o *trust*, mas tão somente apresentar uma definição "recorte" que se coadunasse com os seus propósitos.

A definição proposta no Artigo 2 é a de que será considerado pela Convenção da Haia como *trust* a operação por meio da qual o *settlor* – por ato *inter vivos* ou *causa mortis* – transferir bens para o controle de um *trustee* os administrar em favor do(s) beneficiário(s) (*cestui que trust*). A primeira característica do *trust* indicada por esse dispositivo é a de que os seus bens constituem um fundo separado, o qual, embora seja de titularidade do *trustee*, não integra seu patrimônio pessoal. O acervo patrimonial pode estar formalmente em nome do *trustee* ou de outra pessoa em seu benefício. O *trustee* será o responsável legal pela gestão dos bens objeto de *trust*, devendo seguir as diretrizes estabelecidas pelo *settlor* e pela lei. Finalmente, é possível que o *settlor* reserve poderes relativos ao *trust* para si, bem como o *trustee* pode ser titular de certos direitos na qualidade de beneficiário.¹⁸⁴

*Convention's scope; as J. Harris rightly observes, «Article 2 should in practice be interpreted so as to be limited to transfer of ownership to a trustee of assets forming a separate fund from his personal wealth»". Tradução livre: "Na Conferência Diplomática em Outubro de 1984, no entanto, o clima mudou. Diversos delegados de países de *civil law* insistiram que a Convenção deveria abranger seus institutos semelhantes aos *trusts*: o delegado egípcio mencionou o *waqf* com fins beneficentes e o delegado japonês o *shintaku*. Outros observaram que possuíam em suas leis institutos que desempenhavam funções equivalentes ao *trust*. Os delegados de Luxemburgo, Sr. Delvaux e Sr. Mathékovitsch, eloquentemente solicitaram a inclusão de institutos análogos, e, naquele contexto, Sr. Delvaux referiu-se à *fiducie* luxemburguesa criada em 1983. [...] É precisamente com o objetivo de oferecer alguma orientação aos juristas de tradição *civil law*, sem familiaridade com o *trust* da *common law*, que o Artigo 2 busca elucidar suas características estruturais básicas – não para defini-las, pois tal seria impossível até mesmo para juristas da *common law* – e o Artigo 11 prossegue na especificação de alguns de seus efeitos. O Artigo 2, portanto, deve sempre ser lido, não isoladamente, mas com o *trust* da *common law* – e em particular com suas características estruturais – em mente. Outra visão desviaria a Convenção de sua objetivo e iria, ademais, levar a inconsistências na aplicação da Convenção da Haia sobre *Trusts* e outros instrumentos internacionais. Por exemplo, embora o Artigo 2 – deliberadamente – evite o termo «propriedade» quando se refere ao papel do *trustee*, falando em «controle», não resta dúvida de que casos de agência estão fora do escopo da Convenção; conforme observado por J. Harris, «o Artigo 2 deve ser interpretado na prática como limitado à transferência de propriedade a um *trustee* de bens formando um fundo separado de sua riqueza pessoal»".*

¹⁸⁴ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 2 ("The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust"). Tradução livre: "O fato de o *settlor* reservar certos poderes ou o *trustee* possuir certos direitos na qualidade de beneficiário não exclui necessariamente a existência de um *trust*").

Para Camille Jauffret-Spinosi, os casos de *trusts* em que o *settlor* se nomeia *trustee* e beneficiário (ou um dos beneficiários) também estariam contemplados – ainda que não expressamente – na Convenção.¹⁸⁵ Do mesmo modo, segundo a autora, também nos casos de *trusts* voluntários criados por lei ou pelo juiz não haveria nem *trustee* nem beneficiário definidos.

Outro ponto de destaque é que o Artigo 2 não faz alusão ao fato de no *trust* existir a diferença entre a *legal property* e a *beneficial property*. Para Jauffret-Spinosi, essa omissão foi intencional, no sentido de não intimidar os países do sistema romano germânico a participarem da Convenção, cujo rol de direitos reais é, a princípio, limitado.¹⁸⁶

A autora faz alusão ao fato de que as definições adotadas pelos juristas ingleses sobre o *trust* dão ênfase ao beneficiário, ao passo que a Convenção da Haia destaca o *trustee* e os bens. A razão para essa escolha se deu, pois o *trustee* "é o personagem visível e ativo do *trust*".¹⁸⁷

No que concerne aos bens, Pierre Lepaulle entende que são os únicos elementos fundamentais do *trust*. Isto porque, como antes afirmado, ele pode ser criado pela lei ou pelo juiz, de modo que não terá *settlor*. Outrossim, o *trustee* pode ser substituído e o *trust* continuará a existir. Por fim, o *trust* pode ser da

¹⁸⁵ "Mais une situation de *trust* à trois personnages retenue par l'alinéa 1 de l'article 2 de la convention, n'est pas la seule, même si en cas de *trust* créé volontairement, c'est la situation la plus fréquent, car il y aura toujours un constituant (les *trusts* créés par la loi ou le juge ne connaissent qu'un *trustee* et un bénéficiaire)". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.27, 1987). Tradução livre: "Mas uma situação de *trust* com três personagens sujeita à alínea 1 do artigo 2 da Convenção, não é a única, mesmo no caso de *trust* criado voluntariamente, é a situação mais frequente, pois existirá sempre um constituinte (os *trusts* criados pela lei ou o juiz conhecem somente um *trustee* e um beneficiário)".

¹⁸⁶ "Elle semble tendancieuse, car elle occulte presque totalement la dualité des deux droits de propriété, dualité fondamentale et caractère essentiel du *trust*, mais dualité volontairement tue car trop liée à son système originaire: la common law. La mention des deux types de propriété, liée au système de common law, a été écartée de la définition, afin de ne pas effaroucher les pays romanistes dont la liste des droits réels est, en principe, limitée". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.27, 1987). Tradução livre: "Ela parece tendenciosa pois oculta quase totalmente a dualidade dos dois direitos de propriedade, dualidade fundamental e caráter essencial do *trust*, mas dualidade voluntariamente eliminada, pois muito ligada a seu sistema de origem: a *common law*, foi muito distanciada da definição, a fim de intimidar os países românicos cuja lista dos verdadeiros direitos é, em princípio, limitada".

¹⁸⁷ Tradução livre de: "Le *trustee* est le personnage apparent du *trust*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.29, 1987).

modalidade *charitable*¹⁸⁸, ocasião em que não há um beneficiário definido. Logo, subscreve-se a ideia de que os bens que serão objeto do *trust* são o único elemento obrigatório de um *trust*.¹⁸⁹

Em prosseguimento, o Artigo 2 da Convenção apresenta quais são as características de um *trust*. A primeira é justamente que os bens que compõem o *trust* constituem um patrimônio de afetação e não integram o patrimônio pessoal ou empresarial do *trustee*.¹⁹⁰ Importante ressaltar que a Convenção não adota expressamente o termo "patrimônio de afetação"; menciona *separate fund*, que em português seria algo próximo de "fundo, conjunto de bens separados, apartados". Todavia, neste contexto, e a partir de estudos anteriores que procuraram conceituar o instituto "patrimônio" e "patrimônio de afetação", permite-se concluir que os bens objeto de

¹⁸⁸ Segundo Diogo Leite de Campos e Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, o *charitable* ou *public trust* diz respeito a "*trusts* que têm por fim a satisfação de interesses públicos, que visam beneficiar a comunidade em geral. Por isso gozam de diversos privilégios legais. O *attorney-general* é responsável pelo seu cumprimento. Denomina-se, de um lado, como *public trusts*, na medida em que visam que um segmento significativo da comunidade possa deles beneficiar e, de outro, como *charitable*, porque os seus objetivos se traduzem, muito frequentemente, na prática da caridade". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.51-52).

¹⁸⁹ "Les biens ont aussi rôle fondamental. Si fondamental qu'un auteur français a estimé que les biens étaient le seul élément indispensable du *trust*. Le *trust* peut être constitué par la loi ou le juge, donc il peut ne pas y avoir de constituant. Le *trustee* peut être remplacé, il peut mourir, le *trust* continuera, il n'est donc pas en lui même d'une grande importance. L'objet du *trust* peut être '*charitable*', il n'y a alors pas de bénéficiaire, personne physique. Seuls les biens mis en *trust* existent obligatoirement dans tout *trust*". (LEPAULLE, Pierre. **Traité théorique et pratique du *trust* en droit interne, en droit fiscal et en droit international privé** apud JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.29, 1987). Tradução livre: "Os bens têm também um papel fundamental. Tão fundamental que um autor francês achou que eles eram o único elemento indispensável do *trust*. O *trust* pode ser constituído pela lei ou pelo juiz, consequentemente não pode aí existir um constituinte. O *trustee* pode ser substituído, pode morrer, o *trust* continuará, em si mesmo ele não é de grande relevância. O objetivo do *trust* pode ser <caridoso>, não há então beneficiário, pessoa física. Somente os bens colocados no *trust* existem obrigatoriamente em todos *trust*".

¹⁹⁰ Camille Jauffret-Spinosi chama atenção para o fato de que a definição do *trust* dada pelo Artigo 2 não menciona os juízes que futuramente apreciarão *trusts* de acordo com suas competências de controle e vigilância: "*Une autre personne n'est pas non plus mentionnée dans la définition : le juge. Le *trust* qui s'inscrit le plus souvent dans la durée est soumis au contrôle et à la surveillance du tribunal. La tâche des juges des pays de civil law qui auront à connaître d'un *trust* ne sera pas facile : D'une part, la compréhension du *trust*, en raison de son origine d'*equity* et de la dualité de propriété n'est pas chose aisée ; d'autre part, le *trust* étant une institution de l'*equity*, les juges ont des pouvoirs très importants, celui par exemple de donner des injonctions pour obtenir du *trustee* le respect de son engagement*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.29, 1987). Tradução livre: "Uma outra pessoa também não é mencionada na definição: o juiz. O *trust* que se insere mais frequentemente na duração é submetido ao controle e à vigilância do tribunal. A tarefa dos juízes de *civil law* que terão que conhecer um *trust* não será fácil: por um lado, a compreensão do *trust*, em razão de sua origem de *equity* e da dualidade de propriedade não é algo fácil; por outro lado, o *trust* sendo uma instituição da *equity*, os juízes têm poderes muito importantes, por exemplo, o de dar injunções para obter do *trustee* o respeito de seu engajamento".

um *trust* são uma modalidade de patrimônio de afetação.¹⁹¹ O enquadramento dos bens que compõem o *trust* como patrimônio de afetação é de suma importância, pois faz com que um de seus elementos nucleares seja perfeitamente compatível com os ordenamentos de *civil law*, o que torna muito mais fácil o seu reconhecimento e, quiçá, futuramente a sua inclusão no ordenamento jurídico de tais países.

A formação desse patrimônio de afetação é primordial para assegurar que os bens do *trust* não sejam tomados em execução de dívidas pessoais do *trustee*. Sem essa distinção, pode-se dizer que não há *trust*.¹⁹²

A segunda característica do *trust* descrita no Artigo 2 é a de que o *trustee* deverá ser o titular dos bens objeto do *trust*. Num primeiro momento, essa característica pode parecer conflitar com a primeira acima descrita, mas em verdade não são inconciliáveis. Tendo em vista que o *trustee* é o encarregado dos atos de gestão do *trust*, para que possa praticá-los necessita figurar como titular de tais bens. Contudo, essa titularidade é apenas "formal", para que possa gerir o *trust*, constituindo, portanto, patrimônio afetado à consecução dos objetivos estabelecidos pelo *trust*. Nos termos da Convenção, ainda é possível que os bens estejam em nome de outra pessoa mas "em favor"¹⁹³ do *trustee*, em benefício da administração que será realizada pelo *trustee*.

A disposição de tais bens pode ser limitada pelo *settlor* e deve ser respeitada pelo *trustee*, tal como é descrito na terceira característica do *trustee* presente na Convenção da Haia. Nessa derradeira característica, é dito que o *trustee* tem o poder e o dever de gerenciar, empregar ou dispor dos bens em conformidade com as regras do *trust* e os deveres especiais a ele impostos pela lei, sobre os quais tem

¹⁹¹ Ver XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011. Em consonância, Milena Donato Oliva afirma que: "Note-se que a expressão *separate fund*, utilizada pela Convenção na sua versão em inglês, ou, na língua francesa, *masse distincte*, deve ser entendida, no Brasil, como patrimônio separado, vez ser a categoria que melhor se conforma aos efeitos estabelecidos pela Convenção da Haia". (OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.333).

¹⁹² "La première condition requise pour qu'il y ait trust est donc la reconnaissance de l'autonomie des biens mis en trust, leur distinction par rapport au bien personnel du trustee. Si cette distinction ne peut être faite, il n'y a pas trust". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.39, 1987). Tradução livre: "A primeira condição requerida para que exista *trust* é consequentemente o reconhecimento da autonomia dos bens colocados em *trust*, sua distinção em relação ao bem pessoal do *trustee*. Se esta distinção não pode ser feita, não existe *trust*".

¹⁹³ No original, "on behalf".

responsabilidade.¹⁹⁴ No ensejo de controlar atividade exercida pelo *trustee*, o beneficiário pode fiscalizar seus atos de gestão, inclusive podendo ajuizar ação caso verifique alguma irregularidade.¹⁹⁵

Em seguida, a Convenção determina que sua aplicação recairá somente sobre os *trusts* criados de modo voluntário e por escrito. Desse modo, exclui diversas espécies de *trusts*, tais como os *constructive trusts*, os quais são reconhecidos pelos juízes.

Todavia, a mera intervenção do juiz não conduz por si só à exclusão desse *trust* do campo de aplicação da Convenção. Segundo Camille Jauffret-Spinosi:

Então, onde um *settlor* for criar um *trust*, mas o ato de instituição do *trust* for incompleto, por exemplo, não for designado *trustee* e um tribunal intervém para nomear um, pode-se dizer que há um *trust* criado pelo tribunal, uma vez que terá havido intervenção de um juiz? Ou se um *trust* for criado para cumprir o compromisso de pagamento de alimentos, ou for inserido em um testamento e que o ato de *trust* ou o próprio testamento forem então homologados por um tribunal, isto transforma um *trust* voluntário em um *trust* criado por uma decisão judicial? Parece que não.¹⁹⁶

Outro ponto importante é que o Artigo 20 da Convenção¹⁹⁷ permite que a qualquer momento os Estados Contratantes estendam a aplicação da Convenção a *trusts* criados por decisões judiciais.¹⁹⁸

¹⁹⁴ No original, "*in respect of which he is accountable*".

¹⁹⁵ Em relação aos bens que compõem o *trust*, eles são sujeitos à sub-rogação real: "*Ceux-ci sont interchangeables par le jeu de ce que nous qualifierions de subrogation réelle ; la composition des biens du trust peut être en continuel changement*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.31, 1987). Tradução livre: "Estes são intercambiáveis pelo jogo que nós qualificaríamos de sub-rogação real; a composição dos bens do trust pode estar em contínua mudança".

¹⁹⁶ Tradução livre de: "*Ainsi, lorsqu'un constituant aura créé un trust, mais que l'acte créant le trust sera incomplet, par exemple aucun trustee n'aura été désigné et qu'un tribunal interviendra pour en nommer un, devra-t-on considérer qu'il s'agit d'un trust créé par décision de justice, puisqu'il y aura eu intervention d'un juge ? Ou bien si un trust est créé afin de respecter un engagement de verser une pension alimentaire, ou s'il est inséré dans un testament et que l'acte de trust ou le testament son ensuite homologués par un tribunal, cela transforme-t-il le trust volontaire en un trust créé par une décision de justice ? Il ne semble pas*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.33, 1987).

¹⁹⁷ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Statute of the Hague Conference on Private International Law**. Haia: HCCH, 1955. Artigo 20.

¹⁹⁸ "Entretanto, por outro lado, o artigo 20.º da Convenção autoriza qualquer Estado contratante a declarar que as disposições da convenção em questão serão extensivas a um *Trust* criado por decisão judicial. Para tal, o país declarante deverá notificar por escrito o Ministério das Relações Exteriores da Holanda, país depositário da Convenção". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.128).

É necessário ainda que o *trust* seja constituído por escrito. Embora nos países de *common law* essa exigência não seja a regra geral, crê-se que a Convenção acertou ao inserir tal condição, pois facilitará a sua compreensão em outros países. Por fim, impende esclarecer que a Convenção da Haia apenas exige que o *trust* seja feito por escrito, podendo ser assinado pelo próprio *trustee* ou por um representante legal.¹⁹⁹

Desde que seu conteúdo respeite os ditames da ordem pública, qualquer bem pode ser inserido em um *trust*, bem como qualquer beneficiário pode ser indicado.²⁰⁰

Maurizio Lupoi tece dura crítica ao entendimento de que o Artigo 2 da Convenção contemplaria uma definição de *trust*. Segundo ele, desde os primeiros estudos resultantes na Convenção, convencionou-se que tal dispositivo seria aplicado para instituições análogas ao *trust*.²⁰¹ Para Lupoi, a abertura pela Convenção da

¹⁹⁹ "il suffit que le trust soit fait par écrit, il n'y a pas d'exigence dans la convention relativement à l'auteur de la signature". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.36, 1987). Tradução livre: "é suficiente que o *trust* seja feito por escrito, não há exigência na Convenção em relação ao autor da assinatura".

²⁰⁰ "La convention ne prévoyant aucune limite (et son texte ayant une vocation générale) tout bien peut être mis en trust, toute personne peut être bénéficiaire, tout objet privé ou « charitable » peut être choisi". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.37, 1987). Tradução livre: "A Convenção, não prevendo nenhum limite (e seu texto tem uma vocação geral), qualquer bem pode ser colocado em *trust*, qualquer pessoa pode ser beneficiária, qualquer objeto privado ou <caridoso> pode ser escolhido".

²⁰¹ "In other words, the Convention is meant to teach lawyers in civil law countries how to recognize a trust when they meet one, but then tells them that 'analogies structurelles' are sufficient and that anything fulfilling the requirements of article 2 will do. In other words, article 2 has little to do with trusts and only defines the many and varied legal relationships falling within the domain of the Convention". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.81, 2007). Tradução livre: "Em outras palavras, a Convenção visa ensinar juristas em países *civil law* como reconhecer um *trust* quando o virem, mas diz-lhes, então que 'analogies structurelles' são suficientes e que qualquer instituto que preencha os requisitos do artigo 2 será suficiente. Em outras palavras, o artigo 2 tem pouco a ver com *trusts* e apenas define as muitas e variadas relações jurídicas sob o alcance da Convenção". Tal entendimento é comungado por Camille Jauffret-Spinosi: "Il est donc reconnu qu'existent, à côté des trusts de common law, d'autres institutions plus ou moins semblables. Mais aucun article de la convention ne fait entrer ces institutions dans son domaine. Cependant, elles ne sont pas non plus expressément exclues. Il semble que l'on puisse en déduire que si certaines de ces institutions présentent les caractéristiques du trust, telles que décrites dans l'article 2, si la définition du trust qui est donnée dans cet article peut s'y appliquer, elles devront être soumises à la convention. Tout dépendra donc de la nature, des conditions, des caractères de ces institutions ressemblant à des trusts intégrés dans un système de civil law". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.38, 1987). Tradução livre: "Consequentemente, é reconhecido que existem, ao lado dos *trusts* de *common law*, outras instituições mais ou menos parecidas. Mas nenhum artigo da Convenção não permite que elas entrem em seu campo. No entanto, elas também não são expressamente excluídas. Parece que podemos daí deduzir que, se algumas destas instituições apresentam as características do *trust*, tais como descritas no artigo 2, se a definição do *trust* dada neste artigo pode aí ser aplicada, elas deverão ser submetidas à Convenção. Tudo dependerá então da natureza, das condições, dos caracteres destas instituições que parecem a *trusts* integrados num sistema de *civil law*".

variedade de institutos que podem ser reconhecidos como *trusts* conduz ao chamado *shapeless trust*, ou *trust* amorfo²⁰², que derrota o objetivo pedagógico da Convenção de explicar a um jurista, sem familiaridade com o instituto, o que é um *trust*.²⁰³ Antonio Gambaro, por outro lado, discorda de tal posicionamento, pois entende que os critérios de exclusão presentes no Capítulo II da Convenção fornecem balizas para se reconhecer o que é e o que não é um *trust*.²⁰⁴

Lupoi também critica o Artigo 2 por sua linguagem, ao demonstrar que as versões autênticas em inglês²⁰⁵ e francês²⁰⁶ da Convenção têm significados diametralmente opostos. Pela definição do Black's Law Dictionary, os bens do *trust* são de titularidade do *trustee*, possuindo destinação específica, devendo ser geridos em proveito do beneficiário.²⁰⁷ Tal entendimento está bem expresso na versão

²⁰² "That depicts what this writer proposes to call the 'shapeless trust'. (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.81, 2007).

²⁰³ "The first problem a lawyer in a civil law jurisdiction encounters when dealing with trusts is a very basic one: who owns the trust assets? There can be no uncertainty here and the wrong answer leads to institutions other than trusts. Article 2 of the Convention says nothing on this, for it only refers to placing assets 'under the control' of a trustee. The pedagogic purposes of the draftsmen of Convention have fallen very short of their objective". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.81, 2007). Tradução livre: "O primeiro problema que um jurista em um país de *civil law* enfrenta ao lidar com *trusts* é bastante básico: quem é proprietário dos bens do *trust*? Não pode haver incerteza nesse ponto, e a resposta errada leva a institutos diferentes dos *trusts*. O Artigo 2 da Convenção não diz nada a esse respeito, pois apenas se refere à colocação de bens 'sob o controle' de um *trustee*. Os fins pedagógicos dos redatores da Convenção ficaram muito aquém de seus objetivos".

²⁰⁴ "Ritiene invece che la norma sia stata mal concepita LUPOI [...] parte dall'assunto che la convenzione preveda un *trust* amorfo, ovvero un meccanismo fiduciario che trova cittadinanza nel diritto di qualsiasi paese, e che non corrisponde al genuino *trust* di common law. L'intenzione dei redattori fu certamente diversa e trova espressione nell'art. 5 della Convenzione ai sensi del quale è escluso il riconoscimento ove la legge applicabile non disciplini compiutamente il tipo di *trust* i cui effetti siano oggetto della istanza di riconoscimento". (GAMBARO, Antonio. *Trust*. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: Sezione civile. 4.ed. Torino: UTET, 1999. v.19. p.464). Tradução livre: "Julgando, entretanto, que a norma tenha sido mal concebida, LUPOI [...] parte do pressuposto que a convenção preveja um *trust* amorfo, ou um mecanismo fiduciário que encontra cidadania no direito de qualquer país, e que não corresponde ao verdadeiro *trust* da *common law*. A intenção dos autores era certamente diferente e encontra expressão no art. 5 da Convenção, segundo o qual exclui-se o reconhecimento onde a lei aplicável não regule inteiramente o tipo de *trust* cujos efeitos sejam objeto da instância de reconhecimento".

²⁰⁵ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 2, parágrafo 2, a ("the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate").

²⁰⁶ CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance**. 1.º jul. 1985. Artigo 2, parágrafo 2, a ("les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee").

²⁰⁷ "The right, enforceable solely in equity, to the beneficial enjoyment of property to which another person holds the legal title; a property interest held by one person (the trustee) at the request of another (the settlor) for the benefit of a third party (the beneficiary). [...] A fiduciary relationship regarding property and charging the person with title to the property with equitable duties to deal with it for another's benefit; the confidence placed in a trustee, together with the trustee's obligations toward the property and the beneficiary". (GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law**

inglesa da Convenção, que dispõe que os bens do *trust* não pertencem ao patrimônio pessoal do *trustee*, e sim são um fundo separado, ainda que de titularidade do *trustee*. Para o autor, a versão francesa aparentemente compreendeu mal tal distinção, tendo disposto que os bens do *trust* não fazem parte do patrimônio do *trustee*. Tal diferença entre os textos, em tese igualmente autênticos e equivalentes, revela a má compreensão quanto ao *trust*, como dotado de personalidade jurídica e seus bens como tendo vida própria, o que é incorreto.²⁰⁸ Nesta tese defende-se que os bens objeto do *trust* constituem um patrimônio de afetação, sendo necessário compreender que se trata de um ente despersonalizado e que deve cumprir um propósito específico. Não se trata de modalidade de pessoa jurídica e seus bens não têm "vida própria" no sentido de poderem ser livremente dispostos. Esta situação resta bem delineada pelo Artigo 1 dos Princípios do Direito de *Trusts* Europeu²⁰⁹, o qual estipula que "em

Dictionary. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.1647-1648). Tradução livre: "O direito, exercido somente em equidade, para a fruição de bens de propriedade de terceiro; um interesse proprietário mantido por alguém (o *trustee*) a pedido de outrem (o *settlor*) em benefício de terceiro (o *beneficiário*). [...] Uma relação fiduciária referente a propriedade que atribui a alguém o título de propriedade com deveres equitativos para lidar com os bens em benefício de terceiro; a confiança dada a um *trustee*, em conjunto com as obrigações do *trustee* perante os bens e seu beneficiário".

²⁰⁸ "Actually, the two sentences carry opposite meanings: according to the French text, the trust assets 'ne font pas partie du patrimoine du trustee', they do not belong to the trustee, they are a patrimoine d'affectation – the words 'les biens du trust' make this exceedingly clear. The English text says something totally different: the trust assets do belong to the trustee, although they 'are not a part of the trustee's own estate'. They are part of his estate, not, however, of his own estate. The unresolved basic difference between the French and the English texts taints the Hague Convention and provides, I submit, the conclusive evidence of the first of the current misunderstandings – trusts seen as legal persons and trust assets seen as having a life of their own". (LUPOLI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.82, 2007). Tradução livre: "Em realidade, as duas frases carregam sentidos opostos: de acordo com o texto em francês, os bens do *trust* 'ne font pas partie du patrimoine du trustee', eles não pertencem ao *trustee*, eles são um *patrimoine d'affectation* – as palavras 'les biens du trust' tornam isso extremamente claro. O texto em inglês diz algo completamente diferente: os bens do *trust* pertencem ao *trustee*, embora os bens 'are not a part of the trustee's own estate'. Eles fazem parte de seu patrimônio, embora não de seu patrimônio próprio. Esta diferença básica, sem resolução, entre os textos em francês e em inglês maculam a Convenção da Haia e fornecem, a meu ver, prova conclusiva da primeira má compreensão atual – *trusts* vistos como pessoas jurídicas e bens do *trust* vistos como tendo vida própria".

²⁰⁹ Os Princípios do Direito de *Trusts* Europeu (ou, no original, *Principles of European Trust Law*) é uma obra desenvolvida por um grupo de trabalho internacional de experts na área de *trusts*, fundado em 1996 pelo Centro de Pesquisa em Administração e Direito da Universidade de Nimega (*The Business and Law Research Centre at the University of Nijmegen*), na Holanda, após a ratificação da Convenção da Haia sobre *Trusts* e seu Reconhecimento pelo Reino dos Países Baixos e a Itália. O grupo desenvolveu oito princípios do direito de *trusts* europeu, voltados a facilitar transações em países europeus, de modo a permitir que esses Estados reconhecessem o potencial para desenvolvimento de novos conceitos jurídicos internos e servir como guia para como tais desenvolvimentos podem ser enquadrados em contextos jurídicos e socioeconômicos distintos. O livro, publicado em 1999 pela editora Kluwer Law International (HAYTON, David J.; KORTMANN, Sebastianus C. J. J.; VERHAGEN, Hendrik L. E. (Eds.). **Principles of European Trust Law**. Den Haag: Kluwer, 1999), detalha a legislação nacional existente referente aos *trusts* e relações fiduciárias, bem como analisa se o conceito de *trust* pode ser incorporado nos sistemas jurídicos de tradição *civil law* com base nos oito princípios delineados.

um *trust*, a pessoa chamada '*trustee*' é proprietária de bens segregados de seu patrimônio privado e deve administrar tais bens (o '*patrimônio do trust*') em benefício de um terceiro chamado '*beneficiário*' ou em prol de algum propósito".²¹⁰

Os Artigos 4 e 5 da Convenção tratam das situações em que ela não é aplicada. No Artigo 4 estabelece-se: "A Convenção não se aplica a questões preliminares referentes à validade de testamentos ou de outros atos em virtude dos quais os bens são transferidos ao *trustee*".²¹¹ O que se determina no referido dispositivo é que a Convenção não regulará a existência, a validade e a produção de efeitos dos atos *inter vivos* ou *causa mortis* por meio dos quais os *trusts* são constituídos, com a consequente transferência dos bens para a titularidade do *trustee*. No Artigo 5, por sua vez, a Convenção exclui de sua incidência *trusts* nos quais a lei aplicável indicada ignora esse instituto.²¹² De fato, seria incompatível com os objetivos da Convenção albergar um *trust* cuja lei escolhida sequer reconhece a sua existência.²¹³

²¹⁰ "In a trust, a person called the '*trustee*' owns assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (the '*trust fund*') for the benefit of another person called the '*beneficiary*' or for the furtherance of a purpose". (HAYTON, David J.; KORTMANN, Sebastianus C. J. J.; VERHAGEN, Hendrik L. E. (Eds.). **Principles of European Trust Law**. Den Haag: Kluwer, 1999. p.101). Tradução livre: "Em um *trust*, a pessoa denominada '*trustee*' é proprietária de bens segregados de seu patrimônio particular e deve lidar com tais bens (o '*fundo de trust*') em benefício de terceiro denominado '*beneficiário*' ou em prol de algum objetivo".

²¹¹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 4 ("*The Convention does not apply to preliminary issues relating to the validity of wills or of other acts by virtue of which assets are transferred to the trustee*"). Tradução livre: "A Convenção não se aplica a questões preliminares referentes à validade de testamentos ou de outros atos por virtude dos quais bens são transferidos ao *trustee*").

²¹² HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 5 ("*The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved*"). Tradução livre: "A Convenção não se aplica aos casos em que a lei designada pelo Capítulo II não conhecer o *trust* ou a espécie de *trust* envolvida"). Nesse tocante, discordamos sobremaneira da tradução oficial para o português, cuja versão inseriu a palavra "crédito" em vez de "*trust*". A razão da opção do tradutor em empregar o termo "crédito" nos é desconhecida. Para informação mais detalhada, consultar o Anexo 1 ao presente trabalho.

²¹³ Camille Jauffret-Spinosi esclarece os critérios caso sejam escolhidas diversas leis aplicáveis ao *trust* e à lei escolhida para um dos elementos seja nula: "*Enfin, si le constituant a choisi plusieurs lois applicables, l'une par exemple pour la validité du trust, l'autre pour le fonctionnement du trust, et si l'une de ces lois ne connaît pas le trust, le choix par le constituant de la loi applicable à cet élément « susceptible d'être isolé » sera nul, et cet élément devra être soumis soit à la loi objectivement applicable selon l'article 7, soit à la loi régissant la validité du trust*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.41, 1987). Tradução livre: "Enfim, se o constituinte escolheu várias leis aplicáveis, uma, por exemplo, pela validade do *trust*, outra para o funcionamento do *trust*, e se uma dessas leis não conhece o *trust*, a escolha pelo constituinte da lei aplicável a este elemento <suscetível a ser isolado> será nula, e este elemento deverá ser submetido, seja à lei objetivamente aplicável segundo o artigo 7, seja à lei que rege a validade do *trust*".

Mais adiante, em seu Capítulo II, a Convenção trata nos Artigos de 6 a 10 da escolha da lei aplicável ao *trust* e seus desdobramentos. Preliminarmente, é estabelecido que o *trust* será regido pela lei escolhida pelo *settlor*, o que demonstra prestígio à sua autonomia. É disposto que essa escolha precisa ser expressa ou ser implícita nas regras contidas no instrumento criador do *trust* ou em sua prova escrita de criação²¹⁴, a qual será interpretada, se necessário, à luz das circunstâncias do caso. Em complemento, é determinado que, no caso da lei escolhida pelo *settlor* não contemplar a existência dos *trusts* ou de uma modalidade específica do instituto, tal escolha não produzirá efeitos. Para sanar essa celeuma, os critérios do Artigo 7 serão aplicados.

A leitura conjunta do Artigo 6 com o Artigo 9²¹⁵ conduz ao entendimento de que é possível escolher mais de uma lei para ser aplicada ao *trust*. Segundo Camille Jauffret-Spinosi, essa escolha pode recair sobre "aspectos jurídicos (validade, administração, interpretação do *trust*) e sobre as pessoas (domicílio do beneficiário) ou os bens (situação de diferentes massas de bens)".²¹⁶ Tal escolha é livre e decorre da autonomia do *settlor*. Basta que o requisito da lei escolhida contemple o *trust*, caso contrário a fiscalização dos *trusts* pelo juiz seria muito dificultada.²¹⁷

Caso o *settlor* não defina qual é a lei aplicável ou não seja possível depreender qual foi a escolhida, o Artigo 7 determina que ele deverá ser regido pela lei com a qual ele está mais proximamente conectado. Ao se averiguar a lei com a qual possui maior proximidade, serão levados em consideração quatro critérios, a saber: (i) a sede administrativa do *trust* designada pelo *settlor*; (ii) a localização dos bens objeto do *trust*; (iii) o domicílio ou a sede do *trustee*; e (iv) os objetivos do *trust* e os locais onde

²¹⁴ No original, "*writing evidencing*".

²¹⁵ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 9 ("*In applying this Chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law*"). Tradução livre: "Na aplicação deste Capítulo, algum elemento do *trust* suscetível a isolamento, em especial sua administração, pode ser regido por lei específica".

²¹⁶ "*Si plusieurs lois sont désignées par le constituant, le choix des différents lois applicables peut porter aussi bien sur des aspects juridiques (validité, administration, interprétation du trust) que sur les personnes (domicile du bénéficiaire) ou les biens (situation de différentes masses de biens)*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.43, 1987). Tradução livre: "Se várias leis são designadas pelo constituinte, a escolha das diferentes leis aplicáveis pode tanto tratar dos aspectos jurídicos (validade, administração, interpretação do *trust*) quanto das pessoas (domicílio do beneficiário) ou os bens (situação de vários bens)".

²¹⁷ "*Le trust ne peut vivre dans un environnement qui l'ignore et sous la surveillance de tribunaux qui n'en ont pas l'expérience*". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.45, 1987). Tradução livre: "O *trust* não pode viver num meio que o ignore e sob a vigilância de tribunais que não tem a menor experiência".

eles devem ser cumpridos. Para Camille Jauffret-Spinosi, constituindo a ordem dos critérios uma hierarquia implícita, percebe-se também nesse artigo um prestígio à autonomia do *settlor*, ao figurar em primeiro lugar a sede da administração por ele designada.²¹⁸

O Artigo 8 estabelece a abrangência da lei aplicada ao *trust*, de modo que regerá a validade, a interpretação, os efeitos e a administração do *trust*. Na sequência, o dispositivo enumera de modo não taxativo dez exemplos de situações por ele tuteladas. A primeira delas é a nomeação, a renúncia e a remoção de *trustees*, a capacidade para atuar como *trustee* e a transferência ou sucessão do cargo de *trustee*. A seguir, têm-se:

*b) os direitos e deveres recíprocos dos trustees entre si; c) o direito dos trustees de delegar no todo ou em parte a exoneração dos seus deveres ou do exercício de seus poderes; d) o poder dos trustees de administrar ou de dispor de bens do trust, de constituí-los em garantias reais, ou de adquirir novos bens; e) os poderes de investimento dos trustees; f) as restrições sobre a duração do trust, e sobre o poder de acumular os rendimentos do trust; g) as relações entre os trustees e os beneficiários, inclusive a responsabilidade pessoal dos trustees perante os beneficiários; h) a modificação ou extinção do trust; i) a distribuição dos bens do trust; j) o dever dos trustees de prestar contas da administração.*²¹⁹

Os Artigos 9 e 10 devem ser examinados com bastante cuidado, uma vez que sua tradução oficial para o português apresenta equívocos que podem comprometer o seu entendimento. No Artigo 9 é estabelecido que, no que concerne à lei aplicável, os elementos do *trust* são passíveis de isolamento, de modo que é possível aplicar diferentes leis a cada um dos elementos. Em outras palavras, um mesmo *trust* pode ser regulado por leis diferentes, uma por exemplo para a sua validade e outra para a sua administração. A tradução oficial menciona, ao contrário, que "Em aplicando este Capítulo a outras áreas do *trust*, particularmente a matérias de administração,

²¹⁸ "Parmi les quatre éléments mentionnés dans la convention, il convient de faire remarquer que la volonté du constituant est à nouveau prise en considération, car s'il existe [sic] une hiérarchie implicite entre ces facteurs, le premier qui devra être retenu est un lieu choisi par la volonté du constituant". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). *Journal du Droit International*, n.1, p.46, 1987). Tradução livre: "Entre os quatro elementos mencionados na Convenção, é conveniente observar que a vontade do constituinte é novamente levada em consideração, pois se existe [sic] uma hierarquia implícita entre estes fatores, o primeiro que deverá ser considerado é um lugar escolhido pelo constituinte".

²¹⁹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 8.

estas **deverão** ser reguladas por outra lei".²²⁰ Para que fique claro: o Artigo 9 expressa uma faculdade, não uma obrigação, tal como se denota da tradução, nesse ponto desacertada. O Artigo 10 determina que "A lei aplicável à validade do *trust* rege a possibilidade de substituição desta lei, ou da lei aplicável a um elemento do *trust* suscetível a isolamento, por outra lei".²²¹ Isso quer dizer que será a lei que rege a validade que deverá ser consultada para se investigar se poderá haver substituição da legislação aplicável.²²² A tradução, por outro lado, estipula de modo impreciso que "A lei aplicável à validade do *trust* determinará se esta lei ou a lei que regulamenta outras áreas do *trust* **deverá** ser substituída por outra lei".²²³

No terceiro Capítulo da Convenção, os Artigos de 11 a 14 tratam do tema do reconhecimento dos *trusts*, uma das razões de sua originalidade e preciosa tarefa de tentar mitigar as diferenças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*.²²⁴ O Artigo 11 complementa o Artigo 2 no sentido de prever os requisitos mínimos que um *trust* deve conter e de quais serão os efeitos advindos do seu reconhecimento.²²⁵

²²⁰ Disponível em: <<https://goo.gl/xJ4gXu>>. Acesso em: 21 dez. 2015. (grifos nossos).

²²¹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 10.

²²² "Il est spécifié que le changement de la loi applicable peut être demandé seulement pour l'un des éléments du trust susceptible d'être isolé et qui aurait été soumis à une loi distincte. C'est la loi applicable à la validité du trust qui devra être consultée pour savoir si les conditions qu'elle pose éventuellement pour ce changement sont remplies". Tradução livre: (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.50, 1987). "Está especificado que a mudança da lei aplicável pode ser pedida somente por um dos elementos do *trust* suscetível de ser isolado e que teria sido submetido à uma lei distinta. É a lei aplicável à validade do *trust* que deverá ser consultada para saber se as condições que ela coloca eventualmente para essa mudança sejam preenchidas".

²²³ Disponível em: <<https://goo.gl/xJ4gXu>>. Acesso em: 21 dez. 2015. (grifos nossos).

²²⁴ A respeito da importância do Capítulo III, ver VAN LOON, Hans. The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise**. Paris: Montchrestien, 2005. p.23: "So, while the provisions of Chapter II – Applicable Law, which parallel to some extent the rules of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation, are relatively straightforward, the addition of Chapter III on Recognition was thought to be needed to deal in particular with the proprietary aspects of the trust, both as regards the internal relationships of the trusts and the relations to third parties, which might prove more difficult for civil law systems to digest". Tradução livre: "Assim, enquanto as disposições do Capítulo II – Lei Aplicável, que são paralelas em certa medida às regras da *Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais*, de 1980, são relativamente diretas, pensou-se ser necessário o acréscimo do Capítulo III sobre Reconhecimento para lidar em particular com os aspectos patrimoniais do *trust*, tanto no que diz respeito às relações internas do *trust* quanto as relações com terceiros, que poderão provar serem mais difíceis de digerir por sistemas de *civil law*".

²²⁵ "O *trust* criado em conformidade com a lei determinada pelo Capítulo anterior deve ser como um *trust*. O reconhecimento significa, pelo menos, que os bens do *trust* sejam distintos do patrimônio pessoal do *trustee* e que o *trustee* possa figurar como autor ou réu, ou comparecer na qualidade de *trustee* perante um notário ou qualquer autoridade pública. Na medida em que a lei aplicável ao *trust* assim exigir ou prever, tal reconhecimento implica notadamente: a) que credores pessoais do *trustee* não tenham acesso aos bens do *trust*; b) que os bens do *trust* são separados do

O Artigo 12 facilita a publicidade do *trust*, para que seja possível ter certeza de sua existência, de quais são os bens que o compõem e de quem ocupa a posição de *trustee*, desde que o registro desses documentos e títulos seja compatível com a legislação do país no qual se deseja realizar tais atos.²²⁶ Esse artigo contribui para facilitar o reconhecimento do *trust* em países de *civil law*, pois permite o seu registro público, esmorecendo preocupações a respeito de sua regular constituição.

O Artigo 13 indica que "Nenhum Estado é obrigado a reconhecer um *trust* cujos elementos significantes, à exceção da escolha da lei aplicável, do local da administração e da residência habitual do *trustee*, são mais estreitamente ligados a Estados que não conheçam o instituto do *trust* ou a espécie de *trust* envolvida".²²⁷ Esse dispositivo completa o sentido expressado pelo Artigo 5 de não obrigar um país a reconhecer um *trust* ou uma modalidade se não prevê esse instituto. De modo similar, o Artigo 13 viabiliza o não reconhecimento de *trusts* cuja lei escolhida é incompatível com os elementos mais significantes do *trust*, que estariam mais atrelados a um país cujo ordenamento jurídico não contempla o *trust* ou uma determinada espécie de *trust*. Cabe ressaltar que o Artigo 13 prevê uma prerrogativa, que poderá ou não ser utilizada.

Por derradeiro, o Artigo 14 estipula que "A Convenção não impede a aplicação de regras de direito mais favoráveis ao reconhecimento de *trusts*".²²⁸ Trata-se de uma cláusula aberta, que evita o engessamento dos países que optarem por ratificar a Convenção da Haia. Caso no futuro sejam aprovadas leis mais benéficas ao *trust*, o país que ratificou a Convenção poderá optar por aplicar a mais vantajosa.

patrimônio do *trustee* em caso de sua insolvência ou falência; c) que os bens do *trust* não integram a propriedade matrimonial ou a sucessão do *trustee*; d) que a recuperação dos bens do *trust* é permitida, nos casos em que o *trustee*, em violação das obrigações resultantes do *trust*, confundiu os bens do *trust* com seus bens pessoais ou deles dispôs. No entanto, os direitos e obrigações de um terceiro detentor dos bens do *trust* permanecem sujeitas à lei determinada pelas regras de conflito do foro". (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 11).

²²⁶ "O *trustee* que deseje registrar bens, móveis ou imóveis, ou documentos de título referentes a eles, terá o direito de requerer sua inscrição na qualidade de *trustee* ou de tal forma que a existência do *trust* seja divulgada, desde que isto não seja proibido pela lei ou incompatível com o direito do Estado onde o registro é firmado". (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 12).

²²⁷ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 13.

²²⁸ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 14.

Em prosseguimento, são tratadas as disposições gerais (Artigos 15-25) e as finais (Artigos 26-32). Alguns desses artigos também são contemplados em outras Convenções, isto é, são enunciados gerais presentes em tais documentos que visam a uniformização do direito internacional privado.

O Artigo 15 estabelece que "A Convenção não impede a aplicação das disposições da lei indicada pelas regras de conflito do foro, na medida em que tais disposições não podem ser derogadas por ato voluntário".²²⁹ O respeito às leis de conflito do foro que está reconhecendo o *trust* é de suma relevância para que na prática o reconhecimento de um *trust* não sirva de instrumento para desconsiderar importantes direitos protegidos pela lei local, em especial as referentes a vulneráveis. Nesse sentido, o Artigo 15 lista algumas matérias que não podem ser ignoradas pelo *trust*: "a proteção de menores e incapazes; os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento; os testamentos e a sucessão legítima, em especial a parcela indisponível destinada a cônjuges e parentes; a transferência de título de propriedade e interesses securitários em propriedade; a proteção de credores em casos de insolvência; a proteção de terceiros de boa-fé em outros casos".

Na derradeira parte do Artigo 15²³⁰, é estabelecido que, se o reconhecimento de um *trust* for obstado pelo fato de ele conflitar com a proteção às matérias acima indicadas, o magistrado deverá empreender esforços para possibilitar consecução dos efeitos pretendidos por esse *trust*, utilizando-se de outros modos jurídicos para alcançar tal eficácia.²³¹

²²⁹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 15.

²³⁰ "Se o reconhecimento de um *trust* for impedido pela aplicação do parágrafo anterior, o juiz deverá buscar dar efeito aos objetivos do *trust* de outras formas jurídicas". (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 15).

²³¹ "Le droit des biens et le droit de la famille, dans lesquels vit le trust, connaissent dans notre pays un grand nombre de règles protectrices, révélatrices d'un système romaniste, alors que le trust s'intègre dans un système de plus grande liberté et de plus grande confiance. Le juge français sera peut-être facilement enclin à faire état d'une règle protectrice pour mettre en échec le trust. A la méfiance des systèmes héritiers du droit romain, qui a fait ériger des règles protectrices dans bon nombre de situations, correspond dans les pays de common law la confiance (to trust : faire confiance) que préfère accorder un individu à un autre plutôt qu'à des règles générales. Le trust, les praticiens le savent, heurte bien souvent les principes de notre droit. Mais en pratique, le juge pourra parfois moduler les règles impératives. Certes il y a des « barrières infranchissables concrétisées par le droit, mais à l'intérieur de ces barrières il y a une grande marge de manœuvre ». Cette liberté sera, espérons-le, utilisée pour donner effets aux trusts". (JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.52, 1987). Tradução livre: "O direito dos bens e o direito da família, nos quais vive o *trust*, tem em nosso país um grande número de regras protetoras, reveladoras de um sistema românico, enquanto que o *trust* se integra num sistema de

Dentre as disposições gerais, destaca-se o Artigo 19, segundo o qual: "A Convenção não poderá atentar à competência dos Estados em matéria fiscal".²³² Esse artigo prevê que o regramento fiscal de cada país prevalecerá quando estiver ocorrendo o reconhecimento de um *trust*. Trata-se de dispositivo de suma importância, pois um dos receios dos participantes da Convenção era que os *trusts* possibilitassem a não incidência de tributos domésticos, o que seria prejudicial para sua arrecadação.

A tributação dos *trusts*, ainda, deve ser examinada com bastante cuidado para que eles não sejam usados para fins escusos, tais como a prática de *treaty shopping*, como alude Rodrigo Maitto da Silveira:

De se ressaltar, aliás, que a complexidade envolvendo a tributação dos *trusts* reforça a sua utilização como instrumento de planejamento tributário internacional, muitas vezes com o único propósito de mascarar a figura do beneficiário efetivo, o que acarreta um maior controle, dependendo da conveniência, por parte da legislação interna dos países, de modo a evitar não apenas situações para as quais não exista previsão quanto à tributação, como também a utilização de tratados contra a bitributação celebrados por terceiros países para se alcançar benefícios fiscais (*treaty shopping*). A versatilidade do *trust*, contudo, faz com que o seu uso revele como uma importante opção a ser considerada em planejamentos sucessórios e patrimoniais que busquem racionalidade tributária, sem que, com isso, tal instituto seja associado a práticas evasivas.²³³

O autor conclui que, para um tratamento fiscal adequado do *trust*, é preciso sempre analisar o caso concreto, de modo que considerações genéricas sobre o tema se mostram incompletas.²³⁴

O Artigo 18 estipula que "As disposições da Convenção podem ser desconsideradas quando sua aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública".²³⁵ Essa disposição é de extrema importância para que a soberania

maior liberdade e confiança. O juiz francês estará, talvez, mais inclinado a estabelecer uma regra protetora para que o *trust* fracasse. A desconfiança dos sistemas herdeiros do direito romano fez com que erigissem regras protetoras em várias situações e corresponde nos países de *common law* à confiança (*to trust*: confiar) que prefere colocar em acordo um indivíduo com um outro, mais do que a regras gerais. O *trust*, aqueles que o conhecem ferem frequentemente os princípios de nosso direito. Mas, na prática, o juiz poderá às vezes adaptar as regras imperativas. Com certeza, há <barreiras inalcançáveis concretizadas pelo direito, mas no seu interior, há uma grande margem de manobra>. Esta liberdade, nós a esperamos, utilizada para produzir efeitos sobre os *trusts*".

²³² HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 19.

²³³ SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. O tratamento fiscal do trust em situações internacionais. **Quartier Latin, Revista de Direito Tributário Internacional**, v.1, n.2, p.202, 2010.

²³⁴ SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. O tratamento fiscal do trust em situações internacionais. **Quartier Latin, Revista de Direito Tributário Internacional**, v.1, n.2, p.202, 2010.

²³⁵ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985. Artigo 18.

dos países contratantes seja preservada e a ratificação da Convenção da Haia não lhes seja prejudicial.²³⁶

Analisando as decisões do Superior Tribunal de Justiça para a homologação de sentenças estrangeiras, cujo critério é a ofensa ou não à ordem pública, verifica-se haver óbvia intenção de salvaguardar os valores nacionais.²³⁷ Cabe, portanto, descobrir afinal quais valores são esses.

Jacob Dolinger entende ser ordem pública a tradução do sentimento de toda uma nação.²³⁸ No mesmo sentido, para Strenger, este instituto vem a ser o "conjunto de princípios implícita ou explicitamente conhecidos na ordenação jurídica, os quais, considerados fundamentais, excluem a aplicação do direito estrangeiro".²³⁹ O princípio da ordem pública também é visto como uma forma de proteger a ordem jurídica nacional e, por consequência, os princípios fundamentais da legislação.

Joseph Story, ex-membro da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, considerado por muitos autores o pioneiro da concepção moderna de ordem pública, entende que este instituto faz com que nenhum Estado precise abrir mão de seus interesses ou ter postura contrárias à sua segurança ou com seu entendimento do que seja justo. Em outras palavras, esse princípio impede que seja imposto a outras nações aquilo que é aceito em um determinado Estado.²⁴⁰

Conforme exposto nessas definições, fica claro que a aplicação do instituto da ordem pública é extremamente contextual, posto que depende de um caso concreto para que a autoridade judiciária defina se aquela situação específica constitui um óbice ao emprego do direito internacional, provocando o consequente indeferimento da homologação da sentença estrangeira.²⁴¹

²³⁶ No Brasil, o respeito à ordem pública está previsto no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942): "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

²³⁷ De acordo com o art. 105, inciso I, alínea "i", da Constituição da República, após a reforma pela Emenda Constitucional n.º 45, de 31 de dezembro de 2004, "Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente [...] a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias".

²³⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.313.

²³⁹ STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. **Revista dos Tribunais**, v.75, n.606, p.9, abr. 1986.

²⁴⁰ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.351.

²⁴¹ DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Tese (Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1979. p.137.

Isso se deve ao seguinte fato: o princípio da ordem pública é excessivamente relativo, instável²⁴², fazendo com que não seja possível estabelecer um rol taxativo daquilo que é atentatório à ordem pública nacional.²⁴³

A relatividade deste instituto deriva das diferenças de costumes e dos valores morais de cada nação. Já a instabilidade é decorrente das constantes mudanças dos valores que cada sociedade sofre com o tempo, fazendo com que seja necessário que o julgador interprete a ordem pública de acordo com as variações dos princípios que formam aquela comunidade, demonstrando a sua contemporaneidade. Assim, percebe-se que cada ordenamento tem uma concepção própria para o instituto da ordem pública em decorrência das diversas tradições jurídicas.

Conforme demonstrado, não há definição unívoca para a noção de ordem pública e, em decorrência disso, o problema enfrentado consiste, principalmente, em definir *a priori* o que efetivamente seria considerado atentatório à sua lógica.

No caso dos *trusts*, percebe-se que boa parte da doutrina lança mão do argumento de que a figura não poderia ser reconhecida justamente por esbarrar na ordem pública. Ocorre que tal pretexto não se justifica, pois não há nenhuma incompatibilidade intrínseca entre o reconhecimento de *trusts* e o sistema jurídico brasileiro, tal como se defende nesta tese.

Apesar de a Convenção da Haia não ser isenta de críticas, é preciso concordar que ela representa um esforço crucial para a diminuição das diferenças entre a *common law* e a *civil law*.²⁴⁴ Foi bem-sucedida em estabelecer uma definição de *trust* que também abarca suas figuras análogas. A Convenção tornou precisa, ainda, como seria a escolha da lei aplicável e suas consequências, o reconhecimento dos *trusts*, o modo de tributação dos *trusts*, dentre outras relevantes normativas, de sorte que

²⁴² SAVATIER, René. **Cours de droit international privé**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947. p.218.

²⁴³ NIBOYET, Jean-Paulin. **Notions sommaires de droit international privé en vue de l'examen de licence**. Paris: Recueil Sirey, 1937. p.136.

²⁴⁴ "The Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition (*hereinafter «the Trusts Convention»*), first signed on 1 July 1985, is perhaps the most outspoken example of this effort since it seeks to bridge the broad gap between jurisdictions based on English law, where the trusts is common ground, and those jurisdictions, particularly of the civil law tradition, where the trust is generally unknown". (VAN LOON, Hans. The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise**. Paris: Montchrestien, 2005. p.19-20). Tradução livre: "A Convenção sobre a Lei Aplicável aos Trusts e seu Reconhecimento (doravante «a Convenção sobre Trusts»), assinada pela primeira vez em 1.º de julho de 1985, é talvez o exemplo mais franco desse esforço, pois busca reduzir as grandes diferenças entre os países de tradição jurídica inglesa, onde os *trusts* são lugar comum, e aqueles países, particularmente de tradição *civil law*, onde o *trust* é geralmente desconhecido".

são fornecidas as categorias mais fundamentais para que um país que o ignora possa o recepcionar.

Nas palavras de Hans Van Loon, os países de *civil law* podem se beneficiar muito ao integrarem a Convenção da Haia diante da possibilidade de dar um primeiro passo em direção à recepção do *trust*. Essa recepção seria salutar para as relações jurídicas travadas no ramo do direito de família e do direito empresarial, com a vantagem de não desvirtuar os ordenamentos jurídicos que não preveem o *trust*.²⁴⁵

Além da necessidade de ampliação dos países ratificantes da Convenção da Haia, é muito importante que ela seja estudada e debatida nos meios acadêmicos para que sua compreensão seja aprimorada. Nesse sentido, Luc Thévenoz assevera que:

A meu ver, é preciso compreender o interesse dos juristas de um país de direito civil pela Convenção e, feito isso, permitir-lhes aplicá-la de maneira metódica, é um desafio maior. Trata-se nesse caso de um desafio científico e pedagógico, no qual os professores universitários têm um papel crucial a desempenhar. O contato com meus alunos, o contato frequente que tenho com os profissionais, a leitura das raras decisões dos tribunais e das autoridades suíças (e estrangeiras), o exame de documentos às vezes reunidos às pressas para criar *trusts* estrangeiros me mostraram, ao longo de uma década, que o esforço está só começando. Enquanto um ensino sobre as bases do *trust* não for ofertado, ao menos à título opcional, aos estudantes mais adiantados, enquanto os fundamentos dessa instituição e

²⁴⁵ "Other civil law countries might study and follow the Luxembourg example: they might benefit from a similar device, which fulfils purposes that would otherwise be achieved, with less ease, through a variety of devices found in their laws. However, where the introduction of some sort of trust-like arrangement is considered to be too ambitious, joining the Trust Convention would provide a first would provide a first step. It is interesting to note that the old Kingdom of the Middle, the Kingdom of Lotharius, seems to have a special affinity to the Trust Conventions: not only have the Netherland, Luxembourg, Italy and Malta – south of Sicily – now joined the Convention, but Switzerland is well advanced in its preparations for ratification. Civil law countries would generally, through the Trusts Convention, be in a position to handle trusts, and trust-like institutions such as the new Luxembourg *fiducie*, in a way that would be beneficial to families and businesses across Europe and the world and not disruptive to the fabric of their legal systems". (VAN LOON, Hans. The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie**: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise. Paris: Montchrestien, 2005. p.33). Tradução livre: "Outros países de *civil law* poderão estudar e seguir o exemplo luxemburguês: eles poderão se beneficiar de dispositivo semelhante, que cumpre os propósitos que seriam alcançados, com menor facilidade, por meio de uma variedade de dispositivos encontrados em suas leis. No entanto, onde a introdução de alguma espécie de arranjo semelhante ao *trust* é considerada ambiciosa demais, aderir à Convenção da Haia forneceria um primeiro passo. É interessante notar que o antigo Reino Médio, o Reino de Lotário, parece guardar especial afinidade com as Convenções sobre *Trusts*: não apenas a Holanda, Luxemburgo, Itália e Malta – sul da Sicília – aderiram agora à Convenção, como também a Suíça está adiantada em seus preparativos para a ratificação. Os países de *civil law*, em geral, por meio da Convenção sobre *Trusts*, estariam em posição para lidar com *trusts*, bem como institutos semelhantes ao *trust* como a nova *fiducie* luxemburguesa, de modo a ser benéfico a famílias e empresas em toda a Europa e o mundo sem romper o tecido de seus sistemas jurídicos".

os principais problemas de sua utilização não sejam regularmente estudados nos programas de formação continuada, nós constataremos um déficit de compreensão que pode ser refletido na qualidade dos serviços jurídicos oferecidos.²⁴⁶

Por fim, a necessidade de contínuo estudo da Convenção da Haia mostra-se imprescindível, pois a interpretação de seus dispositivos por cada país pode variar. A seguir, será brevemente examinado o interessante e peculiar modo como a Itália interpretou e tem aplicado a Convenção.

2.2 INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

A partir do exame da Convenção da Haia relativa aos *trusts*, cogitam-se quais seriam as possíveis vantagens das quais o Brasil poderia usufruir caso optasse por incorporar tal Convenção ao seu ordenamento jurídico.

A primeira seria a promoção da internacionalização de sua economia. Poderia ser mais fácil atrair investimentos externos, bem como fornecer aos cidadãos brasileiros alternativas jurídicas para a ordenação de seu patrimônio.

O segundo benefício seria estabelecer critérios mínimos sobre o que seria um *trust*, quais efeitos ele produziria, quem seria o seu titular, a quem caberia sua administração e a titularidade dos bens, apenas para citar alguns exemplos.

Hodiernamente, apesar de o instituto do *trust* existir e ser bastante utilizado, no Brasil ainda é desconhecido ou, pior, mal-compreendido. A ignorância ou a interpretação equivocada do *trust* pode conduzir a situações perversas, inclusive do ponto de vista criminal. Isso ocorre porque, para que se enquadre uma conduta em um fato punível, é preciso ao menos saber quais condutas são ilícitas.

²⁴⁶ Tradução livre de: "A mes yeux, faire comprendre l'intérêt de la Convention pour les juristes d'un pays de droit civil et, le pas fait, leur permettre de l'appliquer de façon méthodique, représente un défi majeur. Il s'agit cette fois d'un défi scientifique et pédagogique, où les enseignants universitaires ont un rôle crucial à jouer. Le contact avec mes étudiants, les rapports fréquents que j'entretiens avec des praticiens, la lecture des rares décisions des tribunaux et des autorités administratives suisses (et étrangères), l'examen de documentations parfois hâtivement assemblées pour créer des trusts étranges m'ont montré, sur une décennie, que l'effort n'est qu'à peine entamé. Tant qu'un enseignement de base des trusts ne sera pas offert, à titre optionnel au moins, aux étudiants avancés, tant que les fondements de cette institution et les principaux problèmes de leur mise en œuvre ne seront pas régulièrement examinés dans les programmes de formations continue, nous constaterons un déficit de compréhension qui ne peut que se traduire dans la qualité des services juridiques offerts". (THÉVENOZ, Luc. Les enjeux de la ratification de la Convention de La Haye pour les pays de droit civil. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie**: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise. Paris: Montchrestien, 2005. p.51).

O recente caso envolvendo o ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha²⁴⁷, é eloquente nesse sentido. Sem expressar um juízo de valor sobre as possíveis condutas do parlamentar, cabe mencionar que diversas notícias e declarações foram a lume na imprensa e que demonstram a falta total de conhecimento sobre a definição do que é um *trust*. Em diversas dessas manifestações públicas, o *trust* foi confundido com outro instituto, sociedade empresária *offshore*, com o qual não se confunde. Mais do que isso, é importante frisar que o *trust* não é uma modalidade de pessoa jurídica. Trata-se de um erro crasso que está sendo veiculado na mídia e que lamentavelmente está propagando informações erradas sobre o *trust*.²⁴⁸

Outra imprecisão amplamente veiculada foi a de que o beneficiário seria o titular dos bens objetos do *trust*. Como anteriormente esclarecido, tal propriedade, com finalidade de gestão em favor do beneficiário, caberá ao *trustee*.²⁴⁹

Percebe-se que não foi compreendida a estrutura básica de um *trust*, ou seja, quais são seus elementos subjetivos e quais são os objetivos, bem como o modo e a forma como sua gestão é realizada.²⁵⁰

²⁴⁷ Esta tese foi escrita durante a 1.^a e 2.^a Sessões Legislativas da 55.^a Legislatura da Câmara dos Deputados (2015-2016), durante as quais a Presidência da Mesa Executiva esteve ocupada por Eduardo Cunha, eleito pelo PMBD-RJ e cassado durante o curso da Legislatura. A partir do mês de novembro de 2015, foi iniciada investigação contra o parlamentar, sua esposa e sua filha por evasão de divisas, lavagem de dinheiro e outros possíveis crimes econômicos, a qual não foi concluída até o depósito deste trabalho.

²⁴⁸ "TRUST – Forma de organização de uma empresa em que seus bens (dinheiro, imóveis, ações) são confiados a um terceiro, que os administra junto a uma instituição financeira. Isso pode dificultar a identificação do seu beneficiário final". (FALCÃO, Márcio; BERGAMO, Mônica. Explicação de Cunha para contas é frágil, dizem investigadores. **Folha de S.Paulo** (online), 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/71k3Mg>>. Acesso em: 30 nov. 2015). Ainda, na declaração a seguir o *trust* é confundido com *offshores*: "O professor de Direito da FGV Thiago Bottino disse que os trusts, contratados por Cunha, podem esconder negócios fictícios. 'Se esses trusts, se essas empresas offshores, na verdade, ficarem caracterizados apenas como fachadas para a posse desses recursos sem ter uma relação direta com o nome da pessoa, ou seja, tentando afastar a titularidade desses valores, se essa fraude for caracterizada ainda assim, você vai ter a possibilidade de usar o argumento: 'ah não era no meu nome, logo não preciso declarar'. Justamente porque seria uma tentativa de burlar essa obrigação', explica". (TRIBUTARISTAS contestam explicações de Cunha sobre contas na Suíça. **Jornal Nacional** (online), 07 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/QsYDFk>>. Acesso em: 30 nov. 2015).

²⁴⁹ "Alguns países, dizem, passaram a exigir a declaração dos 'trusts' e dos chamados 'settlers' como são conhecidas as pessoas que constituem os 'trusts' e os administram em nome dos beneficiários". (FALCÃO, Márcio; BERGAMO, Mônica. Explicação de Cunha para contas é frágil, dizem investigadores. **Folha de S.Paulo** (online), 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/71k3Mg>>. Acesso em: 30 nov. 2015).

²⁵⁰ "JN: Mas de qualquer forma, presidente, o senhor é o dono do dinheiro? Cunha: Não, eu não sou o dono do dinheiro, não. Eu sou usufrutuário em vida, nas condições determinadas. Mas o senhor não acha que para a população brasileira de uma maneira geral é difícil não associar esse dinheiro ao senhor, ainda que o senhor seja a pessoa que vai usufruir, beneficiário? Para a população, de uma maneira geral, o senhor é o dono do dinheiro? Cunha: Não, veja bem: primeiro lugar, a origem é lícita. Em segundo lugar, eu abri mão de ser o dono do dinheiro no momento em que eu contratei o trust. Se eu quisesse continuar como dono

São alarmantes as declarações que procuram escamotear a definição do *trust* em prol de desígnios meramente punitivos, os quais, embora compreensíveis diante do cenário político instável do país, não podem sobrepujar as garantias constitucionais e a regra da legalidade do direito penal brasileiro.²⁵¹

Essa situação auxilia a demonstrar que, em sendo o *trust* um instituto de ampla e global utilização, melhor que solenemente o ignorar, pelo fato de ele não ser previsto na legislação brasileira, é ao menos estabelecer quais os seus elementos fundamentais. A situação ganha contornos mais complexos em se considerando que há *trusts* sendo constituídos em outros países envolvendo cidadãos brasileiros, ou bens, direitos ou valores originados no país. Crê-se que essa compreensão no âmbito do direito e do Poder Judiciário brasileiro poderia ser feita por meio da ratificação da Convenção da Haia, que, embora não seja isenta de críticas, como já mencionado, apresenta uma maturação de conceitos que dificilmente seria alcançada por uma iniciativa apenas brasileira de buscar compreender o *trust*.

*do dinheiro, eu teria não só mantido a conta, tido a conta em meu nome com gestão livre, como eu teria, talvez, repatriado ou declarado aqui. [...] JN: Deixa eu contrapor duas posições diferentes em relação ao argumento do senhor, presidente. O Banco Central afirma que em todos os casos é preciso fazer uma declaração do beneficiário residente. O senhor é o beneficiário desses dois fundos. Agora apenas do Netherton, que é o que permanece. E também existe uma visão por parte do Ministério Público de que é preciso fazer a declaração do trust justamente para que esse trust não seja usado para esconder ativos no exterior. Cunha: Veja bem, eu discordo dessa interpretação, não sou só eu, os advogados também discordam disso. No caso, nós pegamos o advogado na própria Suíça, que fez seu parecer com relação à situação contratual existente. Esse parecer está em inglês, com suas documentações todas, tem sua tradução em português, que está muito claro que eu não sou proprietário nominal dos ativos, que eu não detenho conta, obviamente eu não detendo conta e não detendo ativo, eu não tenho que declarar. Então, essa é uma discussão, o trust é muito antigo no mundo". (EDUARDO Cunha afirma que não é o dono do dinheiro em contas na Suíça. **Jornal Nacional** (online), 07 nov. 2015. Disponível em: <goo.gl/5e4Ect>. Acesso em: 30 nov. 2015).*

²⁵¹ "A entrevista de Cunha também repercutiu no meio político. Integrantes do Conselho de Ética fizeram avaliações diferentes. O presidente do Conselho não se convenceu. 'Cada um fala o que quer, diz o que quer. Agora, quem está do outro lado interpreta como também quer. Se o dinheiro é meu e eu boto em algum lugar esse dinheiro deixa de ser meu? Eu acho que não. O dinheiro continua', afirma o José Carlos Araújo, PSD/BA. [...] O deputado Nelson Marchezan Júnior, do PSDB/RS, disse que os argumentos parecem frágeis. 'As notícias expostas na mídia até agora são gravíssimas e os argumentos postos por ele, até agora, não parecem que atende à necessidade que a sociedade tem, não só que o Conselho de Ética tem de explicações. A defesa deverá ser tão contundente e tão convincente como as provas apresentadas até agora são', afirma. [...] Um dos autores da representação contra Cunha, o deputado Chico Alencar, do PSOL/RJ, disse que a entrevista foi uma confissão. 'Na verdade, ele está dizendo o seguinte: olha tem cara de jacaré, olho de jacaré, corpo de jacaré, tamanho de jacaré, mas é uma lagartixa. E olha trust é uma entidade para quem você entrega a administração dos seus bens, de sua propriedade então olha não convence. Faz um jogo de palavras porque na verdade tem essa movimentação financeira. Ele reconhece isso aliás', afirma o líder do partido". (TRIBUTARISTAS contestam explicações de Cunha sobre contas na Suíça. **Jornal Nacional** (online), 07 nov. 2015. Disponível em: <http://goo.gl/QsYDFk>. Acesso em: 30 nov. 2015).

Nesse sentido, Camille Jauffret-Spinosi sintetiza a importância e as potencialidades da Convenção da Haia:

Le trust fait aujourd'hui partie intégrante du droit international et il est une réalité qui ne peut plus être méconnue. Et le premier grand intérêt de la Convention de la Haye est d'avoir expliqué le trust aux pays qui l'ignorent afin que ceux-ci n'aient plus les réactions antérieures soit de rejeter une institution incomprise et souvent suspectée de fraude, soit au mieux, de la déformer en la trahissant pour lui faire produire effet totalement ou partiellement sur leur territoire.²⁵²

Tal processo não seria instantâneo, ainda que houvesse iniciativa para a assinatura da Convenção da Haia sobre *trusts*. No que diz respeito ao Direito brasileiro, a assinatura de tratado ou convenção internacional pelo Chefe de Estado (Presidente da República) não basta para sua incorporação ao direito interno. De acordo com a Constituição da República, ao Presidente da República compete, nos termos do art. 84, inciso VIII²⁵³, celebrar tratados, convenções e atos internacionais, no entanto estes estão sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Assim, exigindo a Constituição manifesta deliberação por ambas as casas parlamentares da União, mediante Decreto Legislativo (art. 49, I²⁵⁴), é necessária instauração de procedimento complexo para que os atos internacionais firmados pelo Executivo possam produzir efeitos. Importante observar, no entanto, que não há um ato normativo específico que discipline o procedimento de ratificação e incorporação dos atos internacionais ao direito interno, sendo a praxe dos Poderes Executivo e Legislativo observada a descrita pela doutrina.²⁵⁵

²⁵² JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.26, 1987. Tradução livre: "O *trust*, atualmente, é parte integrante do direito internacional. É uma realidade que não pode mais ser desconhecida. E o primeiro grande interesse da Convenção de Haia foi ter explicado o *trust* aos países que o ignoram a fim de que estes não tenham mais as reações anteriores, ou seja, recusar uma instituição não compreendida e frequentemente suspeita de fraude, ou, na melhor das hipóteses, deformá-la traindo para que produza um efeito totalmente ou parcialmente em seu território".

²⁵³ "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

²⁵⁴ "Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

²⁵⁵ Ver REZEK, Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v.41, n.162, p.121-148, abr./jun. 2004; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. Veja-se, no entanto, que relevante julgado do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade da Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho, incorporada pelo Decreto Legislativo n.º 68, de 1992, e pelo Decreto n.º 1.855, de 1996, assinalou que "É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e

Identifica-se, primeiramente, uma fase internacional de formação do tratado ou convenção, com sua negociação e assinatura, sendo de competência privativa do Presidente da República, enquanto Chefe de Estado, podendo ser delegada ao Ministro das Relações Exteriores, bem como aos Chefes de Missões Diplomáticas. No caso da Convenção da Haia, seria preciso que algum representante brasileiro iniciasse um diálogo com os demais Estados signatários e com a própria Conferência da Haia – da qual o Brasil já é membro – para verificar se há compatibilidade do texto com o Direito brasileiro, ou se há alguma ressalva a ser feita na assinatura pelo Brasil.

Assinado o tratado, inicia-se a fase interna, com o encaminhamento de mensagem do Presidente da República ao Congresso Nacional contendo o inteiro teor do tratado que se visa ratificar, bem como exposição de motivos para sua incorporação ao direito interno. Com isso, é deflagrada uma etapa de autorização legislativa da ratificação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, iniciando-se pela discussão e votação na Casa Baixa, e, com a aprovação da Câmara, discussão e votação na Casa Alta do Parlamento. Aprovado o texto em ambas as casas, é promulgado Decreto Legislativo pelo Presidente de Senado, instrumento legislativo que autoriza a ratificação pelo Presidente da República. Note-se que, excetuados os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos – cujo processo legislativo exige tramitação idêntica às propostas de emenda à Constituição, com dois turnos de votação e maioria qualificada de três quintos dos votos dos membros de cada casa parlamentar, nos termos do art. 5.º, § 3.º, da Constituição Federal²⁵⁶, devido à sua equiparação hierárquico normativa às emendas constitucionais –, não há exigência de quórum qualificado ou outra formalidade para a aprovação do Decreto Legislativo autorizatório. O Decreto Legislativo deve ser encaminhado formalmente à Presidência da República para que possa haver a ratificação do trato, convenção ou ato internacional.

dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 04 set. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 maio 2001. p.429). Neste julgado, que faz menção a decisões anteriores daquela Corte, há importantes apontamentos acerca do procedimento emoldurado pela Constituição da República.

²⁵⁶ "Art. 5.º [...] § 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)".

Com isso, o ato ainda não pode produzir efeitos, seja no plano nacional ou internacional. Isso ocorre porque depende ainda de envio do documento ratificado pelo Presidente da República ao depositário do tratado, que diligenciará o protocolo da ratificação e remessa aos demais Estados signatários para a produção de efeitos internacionais, assim como de promulgação de Decreto de Execução pelo Presidente da República, com publicação no Diário Oficial, para que haja executoriedade do ato internacional no direito interno, tal qual lei federal ordinária²⁵⁷, podendo, inclusive, revogar tacitamente lei ordinária anterior cujo conteúdo for incompatível com o texto do tratado incorporado.²⁵⁸

2.3 RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE *TRUSTS* PELO DIREITO BRASILEIRO

É importante notar, desde logo, que, para além de não haver de plano qualquer incompatibilidade entre a criação ou reconhecimento de *trusts* e as normas do direito brasileiro, há até mesmo leis brasileiras que reconhecem a existência de *trusts*, instituídos por cidadãos brasileiros ou por bens originados no Brasil.

A chamada "Lei de Repatriação de Divisas" (Lei n.º 13.254, de 13 de janeiro de 2016), que institui o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados

²⁵⁷ Ver julgado do Supremo Tribunal Federal acerca da Convenção da OIT acima referido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 04 set. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 maio 2001. p.429): "O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais [...] conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno".

²⁵⁸ Acerca da situação hierárquico-normativa dos tratados e convenções internacionais, ver novamente o julgado do Supremo Tribunal Federal acerca da Convenção da OIT acima referido (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 04 set. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 maio 2001. p.429): "Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*'lex posterior derogat priori'*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes".

incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, criada com finalidade eminentemente arrecadatória²⁵⁹, reconhece expressamente a existência de *trusts*. Pelo Regime instituído pela Lei, permite-se que patrimônio mantido no exterior, ainda que irregularmente, com a prática de crime, possa ser reintroduzido no Brasil, mediante tributação e multa.

É interessante observar o conceito de "recursos ou patrimônio de origem lícita", nos termos da Lei de Repatriação de Divisas, segundo a qual são considerados lícitos, além dos bens e dos direitos adquiridos com recursos oriundos de atividades permitidas ou não proibidas pela lei, também o objeto, o produto ou o proveito de determinadas espécies normativas, arroladas taxativamente pela Lei em seu art. 5.º, § 1.º, a saber: sonegação fiscal²⁶⁰, sonegação de contribuição previdenciária²⁶¹, falsidade documental ou ideológica²⁶², evasão de divisas²⁶³ e lavagem de dinheiro²⁶⁴, desde que a lavagem se restrinja a estes crimes passíveis de regularização. Tendo sido praticado qualquer destes crimes, com a repatriação dos recursos ou patrimônio remetidos ou mantidos criminalmente no exterior, é possível a extinção da punibilidade.²⁶⁵ Importante notar, aqui, que o rol de crimes passíveis de extinção da punibilidade é taxativo, em tese não sendo incluídos crimes utilizados como meio para o seu cometimento, como é o caso da falsidade documental ou associação criminosa.²⁶⁶

Nesta esteira, ao tratar da declaração única de regularização visando à repatriação, a Lei exige em seu art. 4.º, dentre outras informações necessárias à instrução da declaração, "a descrição dos respectivos recursos, bens ou direitos de qualquer natureza não declarados, remetidos ou mantidos no exterior ou repatriados, ainda que posteriormente repassados à titularidade ou responsabilidade, direta ou

²⁵⁹ Ver ROSA NETO, Peregrino Dias. Uma visão crítica da lei de repatriação de divisas. **Gazeta do Povo** (online), 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/QLXZnH>>. Acesso em: 13 mar. 2016.: "A medida faz parte do ajuste fiscal pretendido pelo governo central, com propósito de arrecadar mais impostos e tentar reduzir o enorme rombo nas contas publicas causado por sua própria culpa".

²⁶⁰ Arts. 1.º e 2.º, incisos I, II e V, da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965.

²⁶¹ Art. 337-A do Código Penal.

²⁶² Arts. 297, 298, 299 e 304 do Código Penal.

²⁶³ Art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986.

²⁶⁴ Art. 1.º da Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998.

²⁶⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. A extinção da punibilidade na Nova Lei de Repatriação. **Gazeta do Povo** (online), 18 jan. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/5x4Z7Z>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

²⁶⁶ ROSA NETO, Peregrino Dias. Uma visão crítica da lei de repatriação de divisas. **Gazeta do Povo** (online), 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/QLXZnH>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

indireta, de *trust* de quaisquer espécies".²⁶⁷ Deve-se ressaltar que "até aí não haverá necessidade de comprovar a origem e licitude dos [recursos, bens ou direitos]"²⁶⁸, no entanto "a Receita Federal tem a prerrogativa de rejeitar a regularização cambial, sob o pressuposto de que esta apresenta evidências documentais, abrindo caminho para um processo administrativo ou penal".²⁶⁹

Embora possa ser visto com bons olhos o reconhecimento da existência de *trusts* pelo legislador brasileiro, não se pode prescindir de duas observações. Primeiramente, como já observado em outros trechos deste trabalho²⁷⁰ e reconhecido por diversos autores, há evidente má-compreensão de como operam os *trusts*, tendo o legislador brasileiro disposto que determinados bens ou direitos poderiam ser "repassados à titularidade ou responsabilidade" de *trust*. Como se sabe, o *trust* não é pessoa jurídica, tampouco é o titular ou responsável de bens, direitos ou valores. No caso de instituição de um *trust*, o titular do patrimônio é o *trustee*, havendo no texto legal manifesta incorreção. Ademais, há de se observar, ainda, certa presunção de má-fé por trás da instituição de *trusts*, como se o seu propósito fosse dissimular

²⁶⁷ Texto integral do dispositivo de lei referido: "Art. 4.º Para adesão ao RERCT, a pessoa física ou jurídica deverá apresentar à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e, em cópia para fins de registro, ao Banco Central do Brasil declaração única de regularização específica contendo a descrição pormenorizada dos recursos, bens e direitos de qualquer natureza de que seja titular em 31 de dezembro de 2014 a serem regularizados, com o respectivo valor em real, ou, no caso de inexistência de saldo ou título de propriedade em 31 de dezembro de 2014, a descrição das condutas praticadas pelo declarante que se enquadrem nos crimes previstos no § 1.º do art. 5.º desta Lei e dos respectivos bens e recursos que possuiu. § 1.º A declaração única de regularização a que se refere o **caput** deverá conter: I – a identificação do declarante; II – as informações fornecidas pelo contribuinte necessárias à identificação dos recursos, bens ou direitos a serem regularizados, bem como de sua titularidade e origem; III – o valor, em real, dos recursos, bens ou direitos de qualquer natureza declarados; IV – declaração do contribuinte de que os bens ou direitos de qualquer natureza declarados têm origem em atividade econômica lícita; V – na hipótese de inexistência de saldo dos recursos, ou de titularidade de propriedade de bens ou direitos referidos no caput, em 31 de dezembro de 2014, a descrição das condutas praticadas pelo declarante que se enquadrem nos crimes previstos no § 1.º do art. 5.º desta Lei e dos respectivos recursos, bens ou direitos de qualquer natureza não declarados, remetidos ou mantidos no exterior ou repatriados, ainda que posteriormente repassados à titularidade ou responsabilidade, direta ou indireta, de **trust** de quaisquer espécies, fundações, sociedades despersonalizadas, fideicomissos, ou dispostos mediante a entrega a pessoa física ou jurídica, personalizada ou não, para guarda, depósito, investimento, posse ou propriedade de que sejam beneficiários efetivos o interessado, seu representante ou pessoa por ele designada; e VI – (VETADO)".

²⁶⁸ ROSA NETO, Peregrino Dias. Uma visão crítica da lei de repatriação de divisas. **Gazeta do Povo** (online), 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/QLXZnH>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²⁶⁹ ROSA NETO, Peregrino Dias. Uma visão crítica da lei de repatriação de divisas. **Gazeta do Povo** (online), 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/QLXZnH>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

²⁷⁰ Ver acima a subseção referente ao caso do Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ), e as notas de rodapé correlatas.

ou dificultar a identificação do "verdadeiro" proprietário dos bens do *trust*, em conduta que poderia constituir crime de lavagem de dinheiro.²⁷¹

Verifica-se, assim, que o legislador brasileiro, embora reconheça a existência de *trusts* e até mesmo a possibilidade de que eles sejam constituídos por brasileiros ou compreendam bens, direitos ou valores originados no Brasil, mostra certa desconfiança com relação a esse arranjo patrimonial, sendo necessário maior aprofundamento deste instituto e melhor conhecimento de sua origem para expor o contexto de seu desenvolvimento e os possíveis ganhos para uso com finalidades lícitas no país.

2.4 O PROJETO DE QUADRO COMUM DE REFERÊNCIA

Outra experiência internacional que também se refere a *trusts* é o Projeto de Quadro Comum de Referência. O Projeto (*Draft Common Frame of Reference* ou DCFR) é uma das tentativas de harmonização do direito privado da União Europeia, buscada desde a formação do bloco comunitário em 1993 pelo Tratado de Maastricht.²⁷² A formação da União Europeia atendeu, de um lado, à queda do regime comunista e à perspectiva de reunificação alemã e, de outro, ao desejo de intensificação das relações travadas entre os estados-membros. Dentre seus objetivos, constantes do Tratado constitutivo, apontam-se como principais: (i) a criação de um espaço que não contemple fronteiras internas, (ii) a execução de uma política externa comum e (iii) o desenvolvimento de estreita cooperação no domínio da justiça.²⁷³ Havendo

²⁷¹ Art. 1.º, Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998: "Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal". Na prática desta ocultação ou dissimulação da propriedade dos bens, costuma-se identificar três etapas distintas, conforme explicado por Sérgio Fernando Moro: "É usual no estudo da lavagem de dinheiro a referência às fases ou às etapas do crime. Seriam elas a colocação (*placement*), a dissimulação ou circulação (*layering*) e a integração (*integration*). Na primeira etapa, o produto do crime é desvinculado de sua origem material; na segunda, o numerário é movimentado por meio de diversas transações de modo a impedir ou dificultar o rastreamento, e pela Terceira é reintegrado em negócios ou propriedades, com a simulação de investimentos lícitos". (MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.32)

²⁷² TREATY on European Union, Maastricht, 7 fev. 1992. Disponível em: <<http://goo.gl/aDEQzz>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

²⁷³ "The Union shall set itself the following objectives: to promote economic and social progress which is balanced and sustainable, in particular through the creation of an area without internal frontiers, [...] the implementation of a common foreign [...] policy [and] to develop close cooperation on justice and home affairs". (TREATY on European Union, Maastricht, 7 fev. 1992. Disponível em: <<http://goo.gl/aDEQzz>>. Acesso em: 03 fev. 2016. Artigo B). Tradução oficial para o Português: "A União atribua os seguintes objetivos: a promoção de um progresso económico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas, [a] execução de uma política externa [...] comum [e] o desenvolvimento de uma estreita

interesse na criação de um mercado único na Europa, no qual o movimento de mercadorias, pessoas, serviços e capital não sofre qualquer impedimento legal pelas fronteiras dos estados-membros, a harmonização da legislação destes países é fundamental para evitar que disparidade entre as leis locais pudesse obstar a livre circulação e, assim, dividir o mercado.²⁷⁴

Atendendo aos seus objetivos de formação da União, foram estabelecidas a adoção do euro como moeda comum dos estados-membros e a livre circulação de pessoas pelos territórios integrantes da União. Neste sentido, emergiu a possibilidade de unificação das matérias de direito privado para todo o bloco comunitário.

Importante ressaltar que a iniciativa de unificação do direito privado antecede a própria formação da União Europeia, tendo o Parlamento Europeu, ainda em 1989, sugerido o esforço de harmonização do direito privado dos estados-membros pela Resolução n.º A2-157/89.²⁷⁵ Tal temática foi reintroduzida pela Resolução n.º A3-0329/94 do Parlamento Europeu, prevendo a elaboração da mais célebre das iniciativas de unificação do direito privado do bloco, o Projeto de Código Civil Europeu.²⁷⁶

cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos". A respeito da formação da União Europeia e seus antecedentes históricos, ver: TOSTES, Ana Paula B. **União Europeia: o poder político do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²⁷⁴ "The European Union is fundamentally about the creation of a single market in Europe, in which the movement of goods, persons, services and capital is unimpeded by the borders of its Member States. To that end the European Union has always engaged in lawmaking activities, either imposing Europe-wide regulation on a range of matters (e.g., competition law or many aspects of intellectual property), or directing the Member States to harmonise their different laws on particular topics so as to ensure consistency of result across the market – that is to say, aiming to prevent national laws becoming means, conscious or otherwise, of dividing the market". (MACQUEEN, Hector L. The Common Frame of Reference in Europe. **Tulane European and Civil Law Forum**, v.25, p.179, 2010). Tradução livre: "A União Europeia tem como objetivo fundamental a criação de um único mercado na Europa, em que o trânsito de bens, pessoas, serviços e capital não é impedido pelas fronteiras se seus Estados-Membro. Para essa finalidade, a União europeia tem sempre se dedicado a atividades legiferantes, seja pela imposição de regulamentos por toda a Europa sobre uma variedade de assuntos (e.g. legislação antitruste e diversos aspectos da propriedade intelectual, ou dirigindo os Estados-Membro a harmonizar suas diferentes leis sobre assuntos específicos para garantir a consistência de seus resultados por todo o mercado – isto é, objetivando evitar que leis nacionais possam ser meios, conscientes ou inconscientes, de dividir o mercado".

²⁷⁵ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law**. Bruxelas, 7 nov. 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/PrH3ff>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

²⁷⁶ Para uma visão geral desta iniciativa e possíveis repercussões para o direito brasileiro e latino-americano, ver XAVIER, Marília Pedroso. Código europeu de contratos: O suposto retorno ao modelo codificado e as perspectivas para o Brasil e a América Latina. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.615-635. É interessante notar que as obras escritas antes de 2008, ano da apresentação da primeira versão do Projeto de Quadro Comum de Referência, fazem pouca menção a essa iniciativa na harmonização do direito europeu, priorizando o enfoque sobre o projeto de Código Civil Europeu. Ver, por todos, MORAIS, Fabíola. **Aproximação do direito contratual dos estados-membros da União Européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Além dessa iniciativa, a Comissão Europeia²⁷⁷ desenvolveu um "Plano de Ação" para a elaboração de um Quadro Comum de Referência em 2003, visando assegurar "maior coerência entre o acervo comunitário²⁷⁸ existente e futura na área de contratos", utilizando "sistemas jurídicos nacionais existentes para localizar possíveis denominadores, para desenvolver princípios comuns, e, onde apropriado, identificar as melhores soluções".²⁷⁹ O Quadro Comum de Referência surgiria como uma "caixa de ferramentas" de princípios, conceitos e terminologia que seria comumente compreendida em toda a União Europeia, assim como parâmetro para a elaboração de leis futuras e revisão das leis existentes.²⁸⁰ O trabalho foi incumbido ao Grupo de Estudos sobre o Código Civil Europeu²⁸¹ e ao Grupo Acquis (Grupo de Pesquisa sobre Direito Privado da Comunidade Europeia Existente²⁸²), os quais apresentaram em 2008 um primeiro projeto de Quadro Comum de Referência, contendo princípios definições e regras-modelos para o direito privado europeu²⁸³, que experimenta a convergência mediante um processo legislante comparado.²⁸⁴

A primeira versão do Projeto, apresentada em 2008, continha apenas sete Livros: Livro I – Disposições Gerais²⁸⁵; Livro II – Contratos e Outros Atos Jurídicos²⁸⁶; Livro III – Obrigações e Direitos Correlatos²⁸⁷; Livro IV – Contratos em Espécies e

²⁷⁷ Órgão executivo da União Europeia, representando os seus interesses no conjunto.

²⁷⁸ "Acquis communautaire", o conjunto de toda a legislação da União Europeia, constituindo a base comum de direitos e obrigações que vinculam todos os Estados-Membros, cf. EUR-Lex. Acervo comunitário. (GLOSSÁRIO das sínteses. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/acquis.html?locale=pt>>. Acesso em: 09 fev. 2016).

²⁷⁹ Tradução livre de: "In 2003 the European Commission set out an 'Action Plan' for the elaboration of a Common Frame of Reference (CFR), the purpose of which was to ensure a 'greater coherence of existing and future acquis communautaire in the area of contract'. This goal was to be achieved by taking advantage of 'existing national legal orders in order to find possible denominators, to develop common principles and, where appropriate, identify best solutions". (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.327, jul. 2011).

²⁸⁰ Tradução livre de: "So the CFR emerged initially as a 'toolbox' of principles, concepts and terminology which would be commonly understood across the European Union, and which would be used consistently in future legislation as well as in revising and improving the existing texts (the acquis communautaire)". (MACQUEEN, Hector L. The Common Frame of Reference in Europe. **Tulane European and Civil Law Forum**, v.25, p.179, 2010).

²⁸¹ Study Group on a European Civil Code.

²⁸² Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group).

²⁸³ BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Outline Edition. München: Sellier, 2009. p.3-4.

²⁸⁴ Tradução livre de: "The PECL/DCFR approach is an experiment in convergence through comparative rule-making by representative groups". (MACQUEEN, Hector L. The Common Frame of Reference in Europe. **Tulane European and Civil Law Forum**, v.25, p.194, 2010).

²⁸⁵ General provisions, no original.

²⁸⁶ Contracts and other juridical acts, no original.

²⁸⁷ Obligations and corresponding rights, no original.

Direitos e Obrigações Decorrentes²⁸⁸; Livro V – Benfeitorias em Negócios de Terceiros²⁸⁹; Livro VI – Responsabilidade Não-Contratual Decorrente do Dano Causado a Terceiro²⁹⁰; e Livro VII – Enriquecimento Ilícito²⁹¹. No ano seguinte foi apresentada versão final do Projeto de Quadro Comum de Referência pelo Grupo de Estudos e pelo Grupo Acquis, incluindo regras-modelos no Livro IV sobre contratos de mútuo e de doação, e três novos livros: Livro VIII – Aquisição e Perda da Propriedade de Bens²⁹²; Livro IX – Garantias Reais sobre Bens Móveis²⁹³; e Livro X – *Trusts*²⁹⁴. Por terem sido redigidos posteriormente aos demais Livros do Projeto, no curto espaço de tempo de um ano, os Livros VIII, IX e X do Projeto de Quadro Comum de Referência não sofreram o mesmo escrutínio que os demais, o que é reconhecido pelos próprios Grupos responsáveis pelo Projeto.²⁹⁵ A falta de tempo para desenvolvimento dos temas abrangidos pelos Livros VIII, IX e X resta evidente da análise do Livro X, sobre *trusts*, vez que, analisando a versão integral do Projeto comentado, na obra *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, espécie de relatório final elaborado pelos grupos responsáveis, apenas três dos dez capítulos do Livro

²⁸⁸ *Specific contracts and the rights and obligations arising from them*, no original.

²⁸⁹ *Benevolent intervention in another's affairs*, no original.

²⁹⁰ *Non-contractual liability arising out of damage caused to another*, no original.

²⁹¹ *Unjustified enrichment*, no original.

²⁹² *Acquisition and loss of ownership of goods*, no original.

²⁹³ *Proprietary security rights in movable assets*, no original.

²⁹⁴ "A year ago, the DCFR was published for the first time in an interim outline edition. This edition is a revision in three main ways. First, the interim edition did not contain model rules in Book IV on loan contracts and contracts for donation, nor in Books VIII to X on acquisition and loss of ownership of goods, on proprietary security rights in movable assets, and on trusts. They have now been included". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. München: Sellier, 2009. p.4). Tradução livre: "Há um ano, o DCFR foi publicado pela primeira vez em uma edição interina de esboço. Esta edição é uma revisão daquela em três principais aspectos. Primeiro, a edição interina não continha regras modelo no Livro IV sobre contratos de mútuo e doação, tampouco nos Livros VIII a X sobre aquisição e perda da propriedade de bens, garantias reais sobre bens móveis e *trusts*. Foram incluídas nesta edição".

²⁹⁵ "Books VIII, IX and X were prepared in the same manner as the other books of the DCFR on the basis of deliberation in working teams, advisory councils and plenary meetings. However, for reasons primarily of time, the Compilation and Redaction Team was not able to give these Books the same complete scrutiny as it was able to bestow on the others". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law**: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. München: Sellier, 2009. p.22). Tradução livre: "Os Livros VIII, IX e X foram preparados da mesma maneira que os outros livros do DCFR, à base de deliberação em grupos de trabalho, conselhos consultivos e reuniões plenárias. No entanto, por motivos principalmente de tempo, a Equipe de Compilação e Redação não foi capaz de dar a esses Livros o mesmo escrutínio completo que foi capaz de conferir aos demais".

possuem comentários seção por seção, em contraste aos demais livros elaborados para o Projeto original, em que todas as regras receberam comentário específico.²⁹⁶

Deve-se apontar que o Projeto de Quadro Comum de Referência é uma iniciativa acadêmica, tratando-se de um conjunto de regras consideradas as melhores por estudiosos.²⁹⁷ Não se trata, porém, de um texto político, devendo ser votado e legislado pela Comissão Europeia e o Parlamento Europeu.²⁹⁸ Neste sentido, ainda

²⁹⁶ "Evaluating the DCFR trust is not an easy endeavour. This is partly because, differently to other Books of the DCFR, it contains no notes explaining the propositions which it sets out be reference to existing European legal systems. Moreover, the comments by the drafters of Book X cover only three of its ten chapter. We are therefore given little insight into the background of the DCFR trust". (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.329, jul. 2011). Tradução livre: "Avaliar o *trust* no DCFR não é uma tarefa fácil. Isso se dá, em parte, porque, ao contrário dos demais livros do DCFR, este não contém notas explicando as proposições que delineia referirem aos sistemas jurídicos europeus existentes. Ademais, os comentários pelos redatores do Livro X abrangem apenas três de seus dez capítulos. É-nos dada, assim, pouca introspecção ao plano de fundo do *trust* no DCFR".

²⁹⁷ "In this sense, the academic CFR draft is only a set of model-rules that some scholars have deemed the best. As such, the CFR is a considerable achievement, judging by the number and prestige of the scholars who have worked on it". (VAQUER, Antoni. Preface. In: VAQUER, Antoni (Ed.). **European Private Law Beyond the Common Frame of Reference: Essays in Honour of Reinhard Zimmermann**. Groningen: Europa, 2008. p.vii). Tradução livre: "Nesse sentido, o projeto acadêmico de Quadro Comum de Referência é apenas um conjunto de regras modelo que alguns estudiosos julgaram ser as melhores. Como tal, o QCR é uma realização considerável, a julgar pelo número e prestígio dos estudiosos que nele trabalharam".

²⁹⁸ "It must be stressed that what we refer to today as the DCFR originates in an initiative of European legal scholars. It amounts to the compression into rule form of decades of independent research and co-operation by academics with expertise in private law, comparative law and European Community law. The independence of the two Groups and of all the contributors has been maintained and respected unreservedly at every stage of our labours. That in turn has made it possible to take on board many of the suggestions received in the course of a large number of meetings with stakeholders and other experts throughout the continent. The two Groups alone, however, bear responsibility for the content of this volume. In particular, it does not contain a single rule or definition or principle which has been approved or mandated by a politically legitimated body at European or national level (save, of course, where it coincides with existing EU or national legislation). It may be that at a later point in time the DCFR will be carried over at least in part into a CFR, but that is a question for others to decide. This introduction merely sets out some considerations which might usefully be taken into account during the possible process of transformation". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Outline Edition. München: Sellier, 2009. p.4). Tradução livre: "Deve-se enfatizar que aquilo a que nos referimos hoje como o DCFR originou de uma iniciativa de juristas europeus. Equivale à compreensão no formato de regras de décadas de pesquisa independente e cooperação por acadêmicos especialistas em direito privado, direito comparado e o direito da Comunidade Europeia. A independência dos dois Grupos e de todos os seus colaboradores foi mantida e observada sem reserva em todas as etapas de nossos trabalhos. Isso, por sua vez, tornou possível acolher muitas das sugestões recebidas no curso de um grande número de reuniões com interessados e outros especialistas de todo o continente. Apenas os dois Grupos, no entanto, têm responsabilidade sobre o conteúdo deste volume. Em particular, ele não contém uma única regra ou conceito ou princípio que tenha sido aprovada ou mandatada por um corpo politicamente legitimado ao nível Europeu ou nacional (exceto, evidentemente, naquilo que coincide com a legislação da UE ou nacional existente). É possível que no futuro o DCFR seja convertido, ao menos em parte, em um Quadro Comum de Referência, mas esta é uma questão para outros decidirem. Esta introdução apenas delineia algumas considerações que possam ser utilmente levadas em consideração durante o possível processo de transformação".

não existe um Quadro Comum de Referência que possa ser utilizado como fonte do direito em qualquer instância, seja ela nacional, comunitária ou internacional. Eventual Quadro Comum poderá utilizar o Projeto na íntegra, selecionar trechos ou rejeitá-lo por inteiro. Isto evidentemente não retira a importância do Projeto, que é uma referência útil para o estudo de direito comparado.

Apesar da importância do estudo, foram apontadas controvérsias a respeito do Projeto, como o uso do inglês como idioma de trabalho, a dificuldade de adaptação do Projeto às possíveis funções do Quadro Comum de Referência, a amplitude do conteúdo abrangido e sua falta de legitimação. Com relação ao uso da língua inglesa, ainda que os organizadores do Projeto indiquem que haverá traduções para tantos idiomas e o quão breve quanto possível²⁹⁹, Vivianne Geraldine Ferreira aponta que a própria escolha do inglês como idioma base dos trabalhos é problemática, pois os termos jurídicos expressos em inglês são por vezes inexatos, havendo ainda importante questão cultural no uso da linguagem pelo sistema jurídico de cada nação, que estaria sendo abandonada ao se optar exclusivamente pelo inglês.³⁰⁰ Do mesmo modo, considerando as possíveis funções de um Quadro Comum de Referência – "caixa de ferramentas para o legislador comunitário no aperfeiçoamento da legislação, caixa de ferramentas para o legislador nacional e modelo para um futuro instrumento

²⁹⁹ *"The research teams are intent on publishing the model rules of the DCFR as quickly and in as many languages as is possible. However, the English version is the only version of the DCFR which has been discussed and adopted by the responsible bodies of the participating groups and by the Compilation and Redaction Team".* (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition.** München: Sellier, 2009. p.29). Tradução livre: "As equipes de pesquisa têm a intenção de publicar as regras modelo do DCFR o mais rápido e no maior número de idiomas possível. No entanto, a versão em inglês é a única versão do DCFR que foi discutida e adotada pelos corpos responsáveis dos grupos participantes e pela Equipe de Compilação e Redação".

³⁰⁰ "É discutível se a opção pelo idioma inglês não fala contra o próprio PCQR, uma vez que esta língua não seria a mais indicada para fornecer os conceitos necessários para regras jurídicas comuns de direito privado. Determinados conceitos expressos em inglês são por vezes inexatos, vagos ou mesmo incorretos. É o que se pode dizer de palavras como *void* ou *withdrawal*, que podem possuir mais de um significado considerado o direito continental. Outros conceitos simplesmente não são adequados ao instituto jurídico que expressam [...]. Direito é linguagem: A redação unicamente em inglês (ou a partir dele) poderia permitir entendimentos diversos ou equivocados, baseados na correlação com o direito e idiomas nacionais, em relação a termos que se pretendem comuns. Além disso, o direito, assim como o idioma, está profundamente relacionado com a cultura de cada povo. Abrir mão de ambos, ao mesmo tempo, parece bastante desproporcional e tem um negativo valor simbólico, ainda que involuntário". (FERREIRA, Vivianne Geraldine. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.507, 2008).

opcional"³⁰¹ –, a autora pondera se os modelos de regras propostos pelo Projeto poderiam servir simultaneamente aos legisladores e aos particulares, bem como se a Comunidade Europeia teria competência para legislar sobre todas as matérias compreendidas no Projeto.³⁰² Ferreira aponta, ainda, que o amplo espectro de matérias abordadas pelo Projeto extrapola o interesse original em um Quadro Comum de Referência, que seria justamente "a constatação pela Comissão Europeia [sic] dos prejuízos causados ao livre comércio justamente pelas diferenças existentes nas ordens jurídicas nacionais em matéria de direito contratual"³⁰³, o que "depõe contra sua viabilidade e aceitação políticas".³⁰⁴ Por fim, quanto à falta de legitimação do Projeto, a autora aponta duas questões: primeiro, não há representatividade suficiente na composição dos grupos de pesquisa³⁰⁵; segundo, houve desligamento da tradição jurídica europeia-continental e seu fundamento romano enquanto possível elemento de confluência entre os sistemas estudados.³⁰⁶ Tais aspectos demonstram que,

³⁰¹ FERREIRA, Vivianne Gerald. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.507, 2008.

³⁰² FERREIRA, Vivianne Gerald. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.507-508, 2008.

³⁰³ FERREIRA, Vivianne Gerald. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.508, 2008.

³⁰⁴ FERREIRA, Vivianne Gerald. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.508, 2008.

³⁰⁵ "Dos 71 membros do grupo coordenador do *Study Group*, apenas quatro são juristas espanhóis e dois portugueses. Entre os 54 membros do *Acquis Group*, há seis juristas espanhóis e dois juristas portugueses. Se considerarmos um país como a Espanha e suas comunidades autônomas, com características tão diversas, é extremamente provável que os interesses e a cultura jurídica dessas regiões não tenham sido suficientemente representados nos trabalhos dos grupos de pesquisa. É necessário indagar se, a par de suas inquestionáveis qualificações acadêmicas, os juristas participantes realmente falam por toda a comunidade jurídica representada. Os pesquisadores espanhóis membros do *Study Group* são ligados a quatro universidades espanholas: Universidade de Castilla-La Mancha, Universidade de Valência, Universidade de Barcelona e Universidade de Lérida. No caso do *Acquis Group*, três universidades são representadas: Universidade de Barcelona, Universidade Autônoma de Barcelona e Universidade de Lérida. Sem (novamente) questionar a imparcialidade dos pesquisadores, mas, tendo em vista este quadro, não é possível defender que as ordens jurídicas existentes na Espanha tenham sido suficientemente consideradas na elaboração do PQCR". (FERREIRA, Vivianne Gerald. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.508-509, 2008).

³⁰⁶ "Por outro lado, ainda que houvesse o mesmo peso e mesma representatividade para todos os países membros – e regiões – na elaboração do PQCR, ainda assim seria possível que as decisões tomadas não agradassem a todos e se afastassem ao menos parcialmente dos respectivos direitos nacionais. Não basta, pois, buscar legitimação no direito comparado: é necessária outra fonte, que possua tal autoridade capaz de emprestar força a uma regra que eventualmente se afaste de certa ordem jurídica nacional. Uma fonte intimamente ligada com a

embora a iniciativa do Projeto de Quadro Comum de Referência seja séria e bem-intencionada, padece de falhas em suas premissas e fontes. De qualquer forma, representa um passo fundamental na ampliação global da utilização do *trust*, o que justifica o exame do tratamento do *trust* realizado por esse Projeto.

O Livro X do Projeto de Quadro Comum de Referência trata de *trusts*, estando subdividido em dez capítulos³⁰⁷, contemplando ao total 116 regras-modelo, cada qual com suas subdivisões internas.

É importante destacar que o Projeto de Quadro Comum de Referência é um esforço muito mais abrangente e complexo que a Convenção da Haia sobre *Trusts* e seu Reconhecimento, pois, enquanto esta refere-se apenas à possibilidade de reconhecimento de *trusts* instituídos com base em legislações de direito interno pelos sistemas jurídicos dos países signatários da Convenção, o objetivo do Projeto é propor regras-modelos, espécie de *soft law*³⁰⁸ sem qualquer força normativa, que podem ser utilizadas para o desenvolvimento de sistemas jurídicos internos ou

tradição jurídica européia [sic] e que, infelizmente, parece ter sido colocada de lado na elaboração do PQCR é o Direito Romano. O Direito Romano se faz presente em todos os Códigos europeus, em maior ou menor grau. É certo que não houve sua recepção uniforme pelas diferentes ordens jurídicas nacionais. Porém, a par das divergências surgidas durante os processos de recepção, as semelhanças ainda podem ser encontradas. O retorno às origens do direito privado europeu, isto é, o retorno ao direito romano pode não apenas evidenciar essas semelhanças, como também justificar e amenizar as eventuais diferenças existentes. Abrir mão dessa valiosa herança comum européia [sic] importa em nítida falta de legitimação de qualquer projeto transnacional de regulação". (FERREIRA, Vivianne Gerald. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.509, 2008).

³⁰⁷ 1) Disposições fundamentais (*Fundamental provisions*); 2) Constituição de *trusts* (*Constitution of trusts*); 3) Patrimônio do *trust* (*Trust fund*); 4) Regras do *trust* e invalidade (*Trust terms and invalidity*); 5) Deliberações e poderes do *trustee* (*Trustee decision-making and powers*); 6) Obrigações e direitos dos *trustees* e auxiliares do *trust* (*Obligations and rights of trustees and trust auxiliaries*); 7) Tutelas para o descumprimento das regras do *trust* (*Remedies for non-performance*); 8) Substituição de *trustees* ou auxiliares do *trust* (*Change of trustees or trust auxiliary*); 9) Extinção e alteração de *trusts* e substituição de beneficiário (*Termination and variation of trusts and transfer of rights to benefit*); e 10) Relações com terceiros (*Relations to third parties*). Com relação aos Capítulos 6 e 8, o auxiliar do *trust* é umas das partes facultativas do *trust* que tem o poder de nomear ou remover um *trustee* ou consentir com a sua renúncia ("A *trust auxiliary* is a person who, according to the trust terms, has a power to appoint or remove a trustee or to consent to a trustee's resignation". Tradução livre) (Regra X.-1:203(4) do Projeto).

³⁰⁸ Conjunto de regras sem força normativa, como linhas-guia, que não são inteiramente desprovidas de significado jurídico. Ver GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.1519. "**soft law**. 1. Collectively, rules that are neither strictly binding nor completely lacking in legal significance. 2. Int'l law. Guidelines, policy declarations, or codes of conduct that set standards of conduct but are not legally binding". Tradução livre: "**soft law**. 1. Coletivamente, regras que não são estritamente vinculativas tampouco completamente desprovidas de relevância jurídica. 2. *Direito internacional*. Linhas-guia, declarações de políticas ou códigos de conduta que definem padrões de conduta, mas não são juridicamente vinculativos".

parâmetro de análise e interpretação pelos operadores do direito.³⁰⁹ Assim, o escopo do Projeto é de maior amplitude que o da Convenção, resultando em um extenso corpo de regras, nem todas de valia para o presente estudo.

O Livro X inicia indicando na regra X.–1:101 a quais *trusts* o Projeto se aplica, sendo estes os *trusts* criados de acordo com as regras do Capítulo 2 do Livro, referente à constituição de *trusts*, bem como *trusts* criados por lei ou por decisão judicial.³¹⁰ Neste sentido, embora os responsáveis pelo projeto apontem que, a princípio, o Livro X se aplica a todas as espécies de *trusts*, devido à especificidade de alguns sistemas jurídicos de direito interno – em especial de países de tradição *common law* –, nem todos os *trusts* constituídos com base nas legislações nacionais estão compreendidos pelo Projeto.³¹¹ De acordo com os responsáveis pelo Projeto,

³⁰⁹ "The greatest part of the DCFR consists of 'model rules'. The adjective 'model' indicates that the rules are not put forward as having any normative force but are soft law rules of the kind contained in the Principles of European Contract Law and similar publications. Whether particular rules might be used as a model for legislation, for example, for the improvement of the internal coherence of the *acquis communautaire* is for others to decide". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Outline Edition. München: Sellier, 2009. p.71). Tradução livre: "A maior parte do DCFR consiste em 'regras modelo'. O adjetivo 'modelo' indica que as regras não são apresentadas como possuidoras de qualquer força normativa, mas são regras de *soft law*, da espécie contida nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e publicações semelhantes. Se determinadas regras podem ser utilizadas como modelos para leis, por exemplo, que promovam a melhoria da coerência interna do *acquis communautaire* cabe a outros decidir".

³¹⁰ "X. – 1:101: **Trusts to which this Book applies** (1) This Book applies to trusts created under Chapter 2 (Constitution of trusts). (2) With appropriate modifications this Book also applies to trusts: (a) constituted by: (i) a declaration to that effect set out in an enactment; or (ii) a court order with prospective effect; or (b) arising by operation of law set out in an enactment relating to a matter not determined by these rules. (3) In this Book, "court" includes a public officer or body, if authorised to act under the applicable national law, but does not include an arbitral tribunal". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Full Edition. München: Sellier, 2009. v.6. p.5669). Tradução livre: "X. – 1:101: **Trusts a que este Livro se aplica** (1) Este Livro se aplica a Trusts criados de acordo com o Capítulo 2 (Criação de *trusts*). (2) Com as devidas modificações, este Livro também se aplica a *trusts*: (a) criados por: (i) uma declaração neste sentido estabelecida em um decreto; ou (ii) uma decisão judicial com em perspectiva de tal efeito; ou (b) surgindo por operação de lei estabelecida em um decreto referente a uma questão não especificada nestas regras. (3) Neste Livro, "tribunal" inclui um oficial público ou um corpo, se autorizado a agir sob o direito nacional aplicável, mas não inclui juízos arbitrais".

³¹¹ "This Article determines the scope of application of Book X. In principle the Book applies to all types of trust. As the following comments outline, however, for some types of trust the rules in this Book can be made to apply only with modifications adjusted to suit the special nature of the trust. Moreover, some matters which in some legal systems (particularly those of the Common Law) would give rise to a trust do not do so within this or the other Books. Thus not all trusts within national legal systems are absorbed into this Book". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Full Edition. München: Sellier, 2009. v.6. p.5669). Tradução livre: "Este Artigo determina o escopo de aplicação do Livro X. Em princípio, o Livro se aplica a todos os tipos de *trusts*. Como delineado nos comentários a seguir, no entanto, para alguns tipos de *trusts* as regras neste Livro somente podem ser aplicadas após modificações ajustadas à natureza especial do *trust*. Ademais, algumas matérias que em alguns sistemas (particularmente aqueles da *Common Law*) dariam origem a um *trust* não o fazem neste ou em outros Livros. Portanto, nem todos os *trusts* previstos em sistemas jurídicos nacionais são compreendidos por este Livro".

as regras-modelo sobre *trusts* conduziriam a uma maior liberdade, na medida em que facilitaria a disposição do patrimônio de acordo com os desejos particulares do proprietário.³¹²

Nesse sentido, é importante destacar o que se entende por *trust* na definição proposta na regra X.–1:201 do Projeto. De acordo com a regra-modelo em questão, um *trust* é uma relação jurídica na qual um *trustee* tem o dever de administrar ou dispor de um ou mais bens (o patrimônio do *trust*) de acordo com os termos que regem a relação (as regras do *trust*) para beneficiar um beneficiário ou para fins de melhorias em proveito coletivo.³¹³ Neste sentido, o Projeto, em vez de abordar os *trusts* como uma entidade, do qual os sujeitos e os bens seriam partes componentes, ou então o patrimônio do *trust* como o *trust* em si, tratando-o como pessoa jurídica, opta pela definição enquanto relação jurídica, cujo aspecto principal é o conjunto de direitos e deveres que recaem sobre a pessoa do *trustee*.³¹⁴ É importante ressaltar

³¹² "the rules on trusts in Book X could enhance freedom by opening up possibilities for setting property aside for particular purposes (commercial, familial or charitable) in a flexible way which has been much used and much valued in some systems for a very long time and is gradually spreading to others". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Outline Edition. München: Sellier, 2009. p.71). Tradução livre: "as regras sobre *trusts* no Livro X podem aumentar a liberdade ao criar possibilidades de reservar bens para objetivos específicos (comerciais, familiares ou beneficentes) de forma flexível, que vêm sendo muito utilizada de forma valiosa em alguns sistemas por muito tempo e está gradualmente se espalhando para outros".

³¹³ "X. – 1:201: **Definition of a trust** A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Full Edition. München: Sellier, 2009. v.6. p.5679). Tradução livre: "X. – 1:201: **Conceito de trust**. Um *trust* é uma relação jurídica em que um *trustee* tem a obrigação de administrar ou dispor de um ou mais bens (o fundo de *trust*) de acordo com os termos que regem a relação (termos do *trust*) em benefício de um beneficiário ou em prol de objetivos de benefício público".

³¹⁴ "It is possible to define a trust from any of several standpoints. It could be defined as, or as if it were, an entity in itself treating both the trustee and the subject-matter as component parts. Alternatively, the trust fund alone might be regarded as the trust. While both approaches find an echo in the use of the term, neither finds favour here. The trust is not treated as a legal person independent of the trustees (who on that approach would be reduced to the status of members of its governing board). Nor is legal personality conferred on the fund itself, since this would leave too much out of the equation. While the special nature of the trust patrimony (and in particular its unavailability to the trustees' personal creditors) amounts to a defining aspect of a trust, the rights and duties of the trustee to administer undoubtedly form an equally central pillar of the trust institution. It therefore seems more immediately comprehensible if the trust is defined in terms of an arrangement of rights and obligations focused on the trust fund. These rules therefore reserve the term 'trust' to denote the legal relationship between a trustee obliged to administer or dispose of the trust property on the one side and on the other side the beneficiaries or other persons entitled to enforce the trustee's obligations". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Full Edition. München: Sellier, 2009. v.6. p.5679). Tradução livre: "É possível definir um *trust* a partir de diversos pontos de vista. Pode ser definido como, ou como se fosse, uma

que a definição de *trust* enquanto relação jurídica também está presente no Artigo 2 da Convenção da Haia.³¹⁵ De qualquer modo, é evidente que o Projeto de Quadro Comum de Referência reconhece como característica predominante do *trust* a existência do dever de administração dos bens do *trust* de acordo com as suas regras de instituição que recaem sobre o *trustee*.³¹⁶

entidade em si, tratando tanto o *trustee* como o objeto do *trust* como partes componentes. Alternativamente, o fundo de *trust* por si poderia ser visto como o *trust*. Enquanto ambas abordagens encontram um eco no uso do termo, nenhuma é vista favoravelmente aqui. O *trust* não é tratado como pessoa jurídica independente dos *trustes* (que, nessa abordagem, seria reduzidos ao status de membros de seu conselho de administração). Tampouco é conferida personalidade jurídica ao fundo em si, pois isso deixaria muito fora da equação. Enquanto a natureza especial do patrimônio do *trust* (e em particular sua indisponibilidade aos credores pessoais do *trustee*) equivale a uma característica essencial de um *trust*, os direitos e deveres de administração do *trustee* indubitavelmente formam um pilar igualmente central ao instituto do *trust*. Parece, portanto, mais imediatamente compreensível se o *trust* for definido em termos de um arranjo de direitos e obrigações focado no fundo de *trust*. Estas regras, portanto, reservam o termo '*trust*' para denotar a relação jurídica entre um *trustee* obrigado a administrar ou dispor da propriedade do *trust* de um lado e do outro os beneficiários ou outras pessoas intitulado a fazer cumprir os deveres do *trustee*".

³¹⁵ Segundo Alexandra Braun, ainda que em ambos os textos a definição seja convergente, a Convenção da Haia sobre *Trusts* e seu Reconhecimento vai além para dispor expressamente que os *trusts* podem ser criados por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, não havendo tal disposição expressa no Projeto de Quadro Comum de Referência (BRAUN, Alexandra. *Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe?* **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.329, jul. 2011: "*Comparing this definition with that offered by the Hague Trusts Convention, it is noticeable that in both cases the trust is defined as a 'legal relationship'.* In fact, Article 2 of the Convention provides that '*for the purposes of this Convention, the term 'trust' refers to the legal relationships created – inter vivos or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose.*' Although nothing is said in the DCFR definition as to whether the relationship can be created inter vivos or mortis causa, this is established in Article X-2:103, which provides for testamentary dispositions as well as lifetime trusts". Tradução livre: "Comparando este conceito com aquele oferecido pela Convenção da Haia sobre *Trusts*, é notável que em ambos os casos o *trust* seja definido como 'relação jurídica'. De fato, o Artigo 2 da Convenção dispõe que 'para os objetivos desta Convenção, o termo '*trust*' refere-se às relações jurídicas criadas – *inter vivos* ou *causa mortis* – por uma pessoa, o *settlor*, quando bens forem colocados sob o controle de um *trustee* em benefício de um beneficiário ou por um objetivo específico'. Embora nada seja dito no conceito do DCFR quanto à possibilidade de criação *inter vivos* ou *causa mortis*, isto é definido no Artigo X-2:103, que trata de disposições testamentárias bem como *trusts* vitalícios").

³¹⁶ "*This Article defines the trust concept in terms of a legal relationship. It identifies an essential party to that relationship (the trustee) and it provides that the essential characteristic of that relationship is an obligation of the trustee to administer or dispose of the trust assets as required by the trust terms. That disposal will either be for the benefit of one or more beneficiaries or for the advancement of certain purposes or for a mixture of the two.*" (BAR, Christian von; CLIVE, Eric (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Full Edition. München: Sellier, 2009. v.6. p.5679). Tradução livre: "Este Artigo estabelece o conceito de *trust* em termos de uma relação jurídica. Ele identifica uma parte essencial a essa relação (o *trustee*) e dispõe que as características essenciais dessa relação é o dever do *trustee* de administrar ou dispor dos bens do *trust* conforme estabelecido nos termos do *trust*. Tal disposição será ou em benefício de um ou mais beneficiários, ou em prol de certos objetivos, ou ainda uma mistura dos dois".

Apesar de sua importância, o Capítulo 2 do Livro sobre *trusts* – principal critério para definir se um *trust* pode ser regido pelo Projeto de Quadro Comum de Referência – é um dos sete capítulos do Livro que não mereceu qualquer comentário pelos autores do Projeto, conforme mencionado acima. Desta forma, as regras referentes à constituição dos *trusts* são apenas apostas na versão final do Projeto, sem maiores explicações ou análises.³¹⁷

Isso se deve, em parte, ao fato de o Livro X não ser um processo legiferante comparado, ao contrário do restante do Projeto de Quadro Comum de Referência, mas, sim, uma tentativa de instaurar processo legiferante com base no Direito de apenas um dos Estados-Membros³¹⁸, o Direito Inglês. A predominância do modelo inglês de *trusts* resta evidente a partir da análise de diversos dispositivos-chave do Projeto, dentre os quais Alexandra Braun aponta a concepção do *trust* como instrumento unilateral, e não contratual, de modo que o *trustee* tem obrigações apenas perante os beneficiários, e não o *settlor*³¹⁹, que aparentemente tem pouca influência sobre o funcionamento do *trust* para além da instituição de suas regras quando da sua criação.³²⁰ Outra característica marcante do *trust* inglês reproduzido no Projeto é a desnecessidade de registro, seja para fins administrativos ou tributários.³²¹

³¹⁷ Para leitura da íntegra desta seção do Projeto, vide BAR, Christian von; CLIVE, Eric (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition.** München: Sellier, 2009. v.6. p.5701-5705.

³¹⁸ "it is clear that Book X does not attempt to harmonise the law in this area and thus achieve an approximation of the law of the Member States. It does not find possible common denominators, nor does it develop common principles, but rather sets its own uniform device. Book X of the DCFR is thus an attempt of rulemaking, though not one of 'comparative rule-making'". (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.338, jul. 2011). Tradução livre: "resta claro que o Livro X não tenta harmonizar o direito nesta área e assim atingir uma aproximação do direito dos Estados-Membro. Ele não encontra possíveis denominadores comuns, tampouco desenvolve princípios comuns, mas ao contrário estabelece seus próprios dispositivos uniformes. O Livro X do DCFR é, assim, uma tentativa em legislar, ainda que não uma tentativa de 'criação comparada de regras'".

³¹⁹ Ou "*truster*", como é definido no Projeto, de acordo com a tradição escocesa, uma das poucas divergências do modelo inglês (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.330, jul. 2011: "*the DCFR employs the Scottish term 'truster' instead of 'settlor'*". Tradução livre: "o DCFR emprega o termo escocês '*truster*' em vez de '*settlor*'").

³²⁰ "*the drafters seem to see the trust as a unilateral and not as a contractual instrument. As a consequence, the trustee has no obligations towards the truster but only towards the beneficiaries, and the truster cannot enforce the trust. Further, the trustee has no rights against the truster for remuneration or reimbursement of costs and expenses, and the death of the latter does not seem to affect the trust. In this sense, the trust envisaged by the drafters is very much one on the English model*". (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.330, jul. 2011). Tradução livre: "os redatores aparentemente veem o *trust* como um instrumento unilateral e não contratual. Como consequência, o *trustee* não tem deveres perante o *truster* [ou *settlor*, ver nota explicativa acima], mas apenas perante os beneficiários, e o *truster* não consegue fazer cumprir o *trust*. Ademais, o *trustee* não

Os argumentos levantados por Braun revelam que o tratamento dos *trusts* pelo Projeto de Quadro Comum de Referência destoa não apenas do restante do Projeto, desenvolvido pelos membros das mesmas comissões, aparentemente com a mesma metodologia³²², mas da própria ideia por trás da criação de um Quadro Comum de Referência, que seria o delineamento dos princípios do acervo comunitário existente, visto que não houve intervenção dos Poderes Legislativos nacionais de boa parte dos estados-membros, não havendo princípios comuns referentes a essa área do direito.³²³ A autora aponta três problemas nesta falha dos grupos na redação do Livro X. Primeiramente, há nítido problema metodológico em comparação com os demais livros, visto que o método do Livro X (universalização de princípios de um único sistema) difere do método do restante do Projeto (harmonização dos princípios dos sistemas dos Estados-Membros).³²⁴ Na sequência, a autora observa que não apenas há inconsistência com relação aos princípios do Projeto como um todo, que

tem direitos contra o *truster* de remuneração ou reembolso de custos e despesas, e a morte desse aparentemente não afeta o *trust*. Nesse sentido, o *trust* previsto pelos redatores é muito mais um no modelo inglês".

³²¹ "Finally, the fact that the trust does not have to be registered, whether for administrative or tax purposes, would also seem to reinforce the English roots of the DCFR trust". (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.336, jul. 2011). Tradução livre: "Finalmente, o fato de o *trust* não precisar ser levado a registro, seja por razões administrativas ou tributárias, também aparentaria reforçar as raízes inglesas do *trust* do DCFR". A autora aponta, ainda, outras características oriundas da tradição inglesa (ver BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.334-336, jul. 2011).

³²² "Books VIII, IX and X were prepared in the same manner as the other books of the DCFR on the basis of deliberation in working teams, advisory councils and plenary meetings". (BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition**. München: Sellier, 2009. p.22). Tradução livre: "Os Livros VIII, IX e X foram preparados da mesma maneira que os outros livros do DCFR, à base de deliberação em grupos de trabalho, conselhos consultivos e reuniões plenárias".

³²³ "the DCFR does not outline principles of existing *acquis communautaire* either, for this is not an area in which the European legislature has intervened and in which the intervention of community law is being considered. In summary, the DCFR trust arises neither out of principles common to the national legal systems nor of existing Community law, both of which were identified by the European Commission as the 'basic sources' for a future CFR". (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.339, jul. 2011). Tradução livre: "o DCFR também não delineia princípios da *acquis communautaire* existente, pois esta não é uma área em que o legislativo europeu interviu e no qual a intervenção do direito comunitário ainda está em consideração. Em suma, o *trust* do DCFR não surge nem dos princípios comuns aos sistemas jurídicos nacionais nem do direito comunitário, ambos os quais foram identificados pela Comissão Europeia como as 'fontes básicas' para um futuro Quadro Comum de Referência".

³²⁴ "First, it means that the methodology adopted in drafting Book X is inconsistent with that used for other parts of the DCFR". (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.339, jul. 2011). Tradução livre: "Primeiro, significa que a metodologia adotada na redação do Livro X é inconsistente com aquela utilizada em outras partes do DCFR".

visa a "preservação cultural e diversidade linguística"; há ainda afirmação inverídica pelos autores do Projeto, quando estes sustentam que o Projeto de Quadro Comum de Referência "forneceu recomendações baseadas na extensa pesquisa comparada e análise cuidadosa".³²⁵ Por fim, Braun sustenta que o uso do direito de apenas um país cria potenciais dificuldades na proposição de um modelo Europeu, na medida em que o esforço em introduzir uma versão modificada do direito inglês pode ser visto como "imperialismo jurídico".³²⁶

De toda esta questão, caberia salientar que, enquanto o Projeto de Quadro Comum de Referência foi uma iniciativa ambiciosa, que visou, neste particular, fornecer parâmetros para a criação e reconhecimento de *trusts* em toda a Comunidade Europeia, por questões metodológicas e especialmente aparente falta de tempo, o título referente aos *trusts* careceu de maior desenvolvimento, refletindo apenas o direito de um único país. Somando-se a isso a necessidade de interesse político na adoção oficial do texto apresentado, verifica-se que a iniciativa do Projeto permanece suspensa desde a sua apresentação em 2009, não sendo um instrumento de influência tão relevante quanto é a Convenção da Haia.

2.5 A EXPERIÊNCIA ITALIANA

A fim de ilustrar a importância da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e ao seu Reconhecimento, traz-se o exemplo italiano, de modo a demonstrar

³²⁵ "Further it means that Book X is inconsistent with the underlying principles of the entire project, which aims at the preservation of cultural and linguistic diversity. It also means that Book X is out of line with the claim by the drafters that the DCFR 'provided recommendations, based on extensive comparative research and careful analysis'. (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.339, jul. 2011). Tradução livre: "Ademais, significa que o Livro X é inconsistente com os princípios subjacentes do projeto como um todo, que busca a preservação da diversidade cultural e linguística. Também significa que o Livro X não está alinhado com a alegação dos redatores que o DCFR 'forneceu recomendações, baseada em extensa pesquisa comparada e análise cuidadosa'".

³²⁶ "And, finally, the fact that Book X is based almost entirely on the law of one Member State creates potential difficulties in proposing it as a European model. Since it strives to introduce a modified version of English law into all Member States, it may be perceived as a form of 'legal imperialism'. (BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.339, jul. 2011). Tradução livre: "E, finalmente, o fato de o Livro X basear-se quase que inteiramente no direito de um único Estado-Membro cria potenciais dificuldades na sua proposição como um modelo europeu. Na medida em que se esforça para introduzir uma versão modificada do direito inglês em todos os Estados-Membro, o Projeto pode ser visto como uma forma de 'imperialismo jurídico'". É importante notar aqui que a autora é inglesa, professora da Universidade de Oxford, na Inglaterra, não se tratando de mera denúncia continental de imperialismo, mas verdadeira e pertinente observação.

algumas consequências interessantes possíveis a partir do reconhecimento interno de *trusts* instituídos com base em lei estrangeira.

A Itália foi o primeiro país da *civil law* a ratificar a Convenção da Haia, o que foi autorizado pela Lei de 16 de outubro de 1989, n.º 364.³²⁷ A partir da vigência da Convenção na Itália em 1.º de janeiro de 1992, o *trust* passou a ser passível de reconhecimento naquele país.

A Itália, nesse aspecto, é um país interessante de ser examinado – ainda que superficialmente, para que não se perca o foco do trabalho – por ser da tradição *civil law*, por ter ratificado a Convenção e por seu atual Código Civil ter servido de inspiração para o Código Civil brasileiro de 2002. Enxerga-se, assim, certa proximidade do ordenamento jurídico italiano com o brasileiro.

A celeridade na ratificação da Convenção da Haia se deu em razão do desejo em promover a internacionalização da economia italiana.³²⁸ Tamanha foi a rapidez que Michele Graziadei fala em um *trust rush*, ou "corrida pelo *trust*".³²⁹

³²⁷ ITÁLIA. **Legge 16 ottobre 1989, n.º 364**: Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata L'Aja il 1.º luglio 1985. Suppl. Ord. alla G. U., n.º 261. Disponível em: <<http://goo.gl/aZHp2G>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

³²⁸ "[...] *this move was spurred above all by the desire to promote the internationalization of the Italian economy*". (GRAZIADEI, Michele. *Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation?* In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.190). Ver LANGBEIN, John H. *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*. **Yale Law Journal**, n.107, 1997, p.165.

³²⁹ GRAZIADEI, Michele. *Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation?* In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.190, n.r. 4. Acerca da aceleração na recepção do *trust*, ver também GAMBARO, Antonio. *Trust*. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: Sezione civile. 4.ed. Torino: UTET, 1999. v.19. p.468. ("*Il fatto è che la corsa verso il trust non è altro che una manifestazione episodica della vorticiosa circolazione dei modelli oggi in atto in tutti i sistemi occidentali. Ben inteso una circolazione dei modelli è sempre stata all'opera, ma è da chiedersi appunto se oggi non si assista ad una sua accelerazione la qual non è altro che l'accelerazione del mutamento giuridico il quale corrisponde ad un'accelerazione dei mutamenti strutturali delle società occidentali chiamate a viver una terza rivoluzione tecnologica nello spazio di due secoli. In simile contesto ogni sistema giuridico è chiamato a giustificare le proprie regole sul piano della razionalità economica e sociale, ma gli è vietato di appellarsi alla sistematicità della propria tradizione giuridica la quale peraltro è una sirena che attira solo i giuristi colti, ma lascia del tutto indifferenti gli altri cittadini*"). Tradução livre: "O fato é que a corrida para o *trust*, nada mais é do que uma manifestação episódica do intenso movimento dos modelos hoje em ação em todos os sistemas ocidentais. É claro que uma circulação dos modelos tem havido sempre, mas deve-se perguntar, justamente, se hoje não se assiste a uma aceleração que nada mais é que a aceleração da mudança jurídica, que corresponde a uma aceleração das mudanças estruturais das sociedades ocidentais chamadas a viver uma terceira revolução tecnológica no espaço de dois séculos. Neste contexto todo sistema jurídico é chamado a justificar as suas próprias regras no plano da racionalidade econômica e social, mas lhes é proibido de apelar à sistematicidade da própria tradição jurídica, a qual, por outro lado, é uma sereia que atrai apenas os juristas cultos, mas deixa completamente indiferentes os outros cidadãos").

Segundo o delegado italiano na 15.^a Sessão da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, Prof. Antonio Gambaro, os *trusts* são "perfeitamente limpos e morais"³³⁰, e não colidem com nenhum princípio basilar da lei italiana.³³¹ Além disso, Michele Graziadei entende que recusar o *trust* aprioristicamente seria ignorar os atuais desenvolvimentos que a matéria recebeu³³², sendo tal entendimento comungado por Maurizio Lupoi, a partir de seu posicionamento a respeito da *equitable ownership*.³³³

A ratificação da Convenção da Haia levada a efeito pela Itália deu ensejo a duas interpretações diferentes sobre o propósito da Convenção e suas consequências. A primeira destas posições, firmada por Antonio Gambaro, é de que a Convenção da

³³⁰ (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Proceedings of the Fifteenth Session (1984)**: Trusts, applicable law and recognition. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.288 apud GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.191, n.r. 5 ("*trusts were 'perfectly clean and moral'*"). Nesse contexto, a palavra "clean" tem o sentido de algo imaculado, não contaminado por nenhuma ilicitude.

³³¹ "*they did not subvert any fundamental principle of Italian substantive law*". (GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998, p.191).

³³² "*This answer betrays a naive approach to the law of property which fails to distinguish between traditional concepts and modern realities of ownership in civil law countries. Furthermore, it shows a lack of awareness of key developments of the law of trusts in the major common law jurisdictions. Those developments should rather be kept in mind before reaching the conclusion that in Italy there should not be 'freedom of trust' as it is known in those jurisdictions*". (GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.211). Tradução livre: "Essa resposta trai a abordagem ingênua dos direitos reais que não faz distinção entre conceitos tradicionais e realidades modernas de propriedade em países de *civil law*. Ademais, demonstra desconhecimento de importantes desenvolvimentos no direito dos *trusts* nos principais países de *common law*. Tais desenvolvimentos devem, ao contrário, ser lembrados antes de se concluir que na Itália não deve haver 'liberdade de constituir *trusts*', como é denominado nesses países".

³³³ "*'Equitable ownership' has slowly shown itself for what it is: an entitlement to the trust assets. The trust law of Jersey defines 'beneficiary' as 'a person entitled to benefit under a trust or in whose favour a discretion to distribute property held on trust may be exercised.' This is something we can easily accommodate within the conceptual framework of civil law and there is nothing there that offends against civil law sensitivities. It is not by chance that the words 'equity' or 'equitable' are nowhere to be found in Jersey law, and yet nobody doubts that Jersey is a trust jurisdiction and that its judicial precedents are highly regarded in England and in the Commonwealth*". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.83, 2007). Tradução livre: "A 'propriedade equitativa' tem progressivamente se mostrado o que é: titularidade dos bens do *trust*. O direito dos *trusts* em Jersey define 'beneficiário' como 'aquele que tem direito a beneficiar-se de um *trust* ou em favor de quem a discricionariedade para distribuir bens mantidos em *trust* pode ser exercida. Isso é algo que pode ser facilmente acomodada nos fundamentos conceituais da *civil law* e não há nada que ofenda as sensibilidades da *civil law*. Não é por acaso que os termos 'equidade' e 'equitativo' não são encontrados do direito de Jersey, porém não há quem duvide tratar-se de local que possui *trusts* e cujos precedentes judiciais são tidos em alta estima pela Inglaterra e pelos países da *Commonwealth*".

Haia não é uma lei uniforme que introduz *trusts* na lei italiana.³³⁴ Já a segunda posição entende que, a partir da ratificação da Convenção da Haia, é possível a criação de *trusts* internos.

Segundo Michele Graziadei, entende-se por *trust* interno o *trust* instituído sobre alguma lei estrangeira sobre *trusts*, de acordo com o primeiro parágrafo do Artigo 6 da Convenção, que não tem qualquer outro fator que o ligue a tal país estrangeiro.³³⁵ Um dos argumentos de Maurizio Lupoi para defender os *trusts* internos é o fato de serem utilizados para resolver situações que não podem ser sanadas pelo ordenamento jurídico italiano.³³⁶

³³⁴ "Contra LUPOI [...], il quale all'opposto ritiene che la finalità della Convenzione sia quella di uniformare le norme di diritto internazionale privato in seno ai paesi di common law, posto che queste, in tema di trust, prestano significative divergenze. Personalmente, avendo partecipato a tutti i lavori della conferenza, come esperto designato e poi come rappresentante del governo italiano, ho ricordi un po' diversi. Del resto non solo sarebbe stato noiosissimo per i rappresentanti di Italia, Francia e Germania, che furono tra i più attivi, assistere alla predisposizione di un testo che non li riguardava, ma ben difficilmente il Segretariato e tutto il Bureau Permanent della Conférence avrebbero così a lungo profuso le loro migliori energie per ottenere una convenzione circa l'uniformazione delle norme di conflitto in tema di trust posto che la più parte dei paesi di common law non ha una tradizionale vocazione ad aderire alle Convenzioni de L'Aia". (GAMBARO, Antonio. Trust. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: Sezione civile. 4.ed. Torino: UTET, 1999. v.19. p.465, n.51). Tradução livre: "Contra LUPOI [...], o qual, ao contrário, entende que a finalidade da Convenção seja a de padronizar as normas de direito internacional privado nos países da *common law*, uma vez que estas, em termos de *trust*, prestam significativas divergências. Pessoalmente, tendo participado de todos os trabalhos da Conferência, como especialista designado e, em seguida, como um representante do Governo italiano, tenho lembranças um pouco diferentes. Além disso, não só seria chato para os representantes da Itália, França e Alemanha, que estão entre os mais ativos, assistir a predisposição de um texto que não lhes dizia respeito. Difícilmente o Secretariado e todo o *Bureau Permanent della Conférence*, teriam assim, por longo tempo, as suas melhores energias para se obter uma Convenção sobre a padronização das regras de conflito em relação ao *trust*, dado que a maior parte dos países de *common law* não tem uma tradicional vocação para aderir às Convenções da Haia".

³³⁵ "By 'purely internal trust' I mean trusts which are placed under a foreign law providing for trusts, (though the designation of the applicable law in accordance with art. 6, first paragraph of the Convention), but that lack other connecting factors with the designated foreign State". (GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.191-192, n.r. 7). Tradução livre: "Por '*trust* puramente interno' me refiro a *trusts* que são submetidos a lei estrangeira sobre *trusts* (pela indicação do da lei aplicável de acordo com o art. 6, parágrafo primeiro da Convenção), mas que carece de outros fatores de conexão com o país estrangeiro indicado".

³³⁶ "What Italian courts saw in trusts 'interni' is readily explained: the Italian civil code is in many respects outdated and many legitimate interests find no protection. Rather than resorting to devious or indirect and scarcely effective techniques to protect those interests, professionals protect them openly through trusts. Those interests being legitimate – and that is the key to the understanding of trusts 'interni' – the courts see no harm in having a foreign institution do what domestic institutions cannot do". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v. 21, n.2, p. 84, 2007). Tradução livre: "O que os tribunais italianos viram nos *trusts* '*interni*' é prontamente explicado: o Código Civil italiano está, em grande parte, ultrapassado e diversos interesses legítimos não estão protegidos. Em vez de recorrer a técnicas tortuosas ou indiretas, raramente efetivas, para proteger tais interesses, os profissionais os protegem abertamente por meio de *trusts*. Sendo tais interesses legítimos – e esta é a chave para compreender os *trusts* '*interni*' – os tribunais não veem qualquer dano em ter um instituto estrangeiro fazendo o que institutos nacionais são incapazes de fazer".

Michele Graziadei, sintetizando a atual situação italiana, explica que:

A divisão é irrelevante para estabelecer se cidadãos ou residentes em países de *civil law* devem ser autorizados a criar *trusts* pelas regras de escolha de lei estabelecidas pela Convenção. O art. 6 da Convenção não cria a liberdade de escolha da lei aplicável em dependência do fato de o *settlor* ser domiciliado ou residente em um país da *common law*. De fato, o art. 6 da Convenção queda silente sobre a existência de *qualquer* nexos com o país foro onde a Convenção está em vigência como condição pré-existente para a validade do exercício da escolha da lei. Em outras palavras, a escolha de uma lei estrangeira (dentro dos limites estabelecidos pelo art. 5) é por si só suficiente para engendrar a aplicação da Convenção. Portanto, assim como alguém domiciliado na Inglaterra pode estabelecer *trusts* disciplinados pela lei de Jersey sobre bens situados na Inglaterra em prol de beneficiários ingleses, também pode um cidadão italiano criar *trusts* disciplinados pela lei inglesa sobre bens situados na Itália em prol de beneficiários italianos. Enquanto isso possa parecer fantástico para alguns comentaristas, é exatamente isso o que ocorre na Itália no momento. Com o auxílio de um seleto número de advogados e tabeliães italianos (em contato com consultores estrangeiros dos locais relevantes), cidadãos italianos e sociedades empresárias situadas na Itália executam instrumentos instituindo *trusts inter vivos* para beneficiários italianos regulados pela lei de países como a Inglaterra, Jersey e Malta.³³⁷

Em que pese o fato de Graziadei descrever a existência e o funcionamento de alguns institutos italianos que se assemelham ao *trust*, ao concluir a análise de todos eles, reconhece suas limitações quando comparados a diferentes espécies de *trusts*.³³⁸ Conclui, assim, que

³³⁷ Tradução livre de: "That division is irrelevant to establish whether citizens or residents in civil law countries should be able to create trusts through the choice of law rules enacted by the Convention. Art. 6 of the Convention does not make the freedom of choice of the applicable law dependent upon whether the settlor is a domiciliary or resident of a common law country. Indeed, art. 6 of the Convention is silent on the existence of any nexus with the forum country where the Convention is in force as a precondition for the validity of the choice of laws exercise. In other words, the choice of a foreign law (within the limits established by art. 5) is by itself sufficient to trigger the application of the Convention. Thus, just as an English domiciliary may set up trusts governed by Jersey law on assets located in England for the benefit of English beneficiaries, so an Italian citizen can create trusts governed by English law on assets located in Italy for Italian beneficiaries. Fantastic as this may seem to some commentators, this is precisely what is happening in Italy now. With the assistance of a select number of Italian layers and notaries (in contact with foreign consultants of the relevant jurisdictions), Italian citizens and companies having their seat in Italy have executed instruments creating *inter vivos trusts* for Italian beneficiaries governed by the law of jurisdictions like England, Jersey, Malta". (GRAZIADEI, Michele. *Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation?* In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.219-220).

³³⁸ "The fideicommissum regulated in our Civil Code is declared in the testament of the spouse or the parents or ascendants of the incompetent. The beneficiaries to whom the property goes upon his death must be the persons or institutions that took responsibility for his well-being under the supervision of the guardian (tutore), who acts for the incompetent. Thus, thanks to the fideicommissum, the incompetent is looked after by the persons or institutions designated by testator. The creditors of the person charged with the fideicommissum may seize only the fruits of the property left to him (art. 695 c.c.). Alienation and hypothecation of the property in question is subject to court approval, which is granted when clearly convenient (art. 694 c.c.). Considering that the incompetent lacks the capacity to manage his own affairs, the fideicommissum in question cannot be considered an

Em uma perspectiva mais ampla, a Itália carece de uma forma jurídica geral pela qual a propriedade possa ser confiada a um administrador *independente* – nem um agente do *settlor*, nem dos beneficiários – encarregado do dever de administrar bens dos beneficiários com os efeitos listados no art. 11 da Convenção.³³⁹

As peculiaridades do *trust* interno italiano são enumeradas por Maurizio Lupoi, a saber: (i) os bens imóveis componentes do *trust* estão sendo registrados nos cartórios de registro público³⁴⁰; (ii) os documentos de instituição de um *trust* estão

*exception to the prohibition of restraints on alienation of property transferred mortis causa or inter vivos. Since 1975 any other kind of fideicommissum is null and void (art. 692.5 c.c.), though fideicommissa created abroad produce their effects in Italy because they do not violate [sic] our ordre public. By contrast, according to art. 627 c.c., secret and half-secret fiduciary dispositions created by testament are merely unenforceable. Unlike the fideicommissum, the fiduciary disposition contemplated by art. 627 c.c. does not benefit the person named as heir or legatee in the testament. That person is interposed in the testament solely to conceal the secret or half-secret beneficiary of the testator's bounty. [...] The present regulation of the fideicommissum permits in rare instances the employment of this device to control the transmission of property upon death. [...] Yet, in Italy, as elsewhere, the wealthy feel the need to control the transmission of property across the generations". (GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.196-199). Tradução livre: "O fideicommissum regulado em nosso Código Civil é declarado no testamento do cônjuge ou dos pais ou dos ascendentes do incapaz. Os beneficiários a quem são destinados os bens com a morte do testador devem ser pessoas ou instituições que foram responsáveis por seu bem-estar durante a supervisão do tutor, que atua pelo incapaz. Assim, graças ao fideicommissum, o incapaz é mantido sob os cuidados de pessoas ou instituições indicadas pelo testador. Os credores da pessoa encarregada do fideicommissum pode penhorar apenas os frutos de sua quota parte testada (art. 695 c.c.). A alienação ou hipoteca dos bens em questão está sujeita a aprovação judicial, dada apenas quando claramente conveniente (art. 694 c.c.). Considerando que o incapaz não tem capacidade para administrar seus próprios negócios, o fideicommissum em questão não pode ser considerado exceção à proibição de limites à alienação de bens *causa mortis* ou *inter vivos*. Desde 1975, qualquer outra espécie de fideicommissum é nula de pleno direito (art. 692.5 c.c.), embora fideicommissa criados no exterior produzam efeitos na Itália, pois não violam nossa ordem pública. Em contraste, de acordo com o art. 627 c.c., disposições fiduciárias sigilosas e semisigilosas criadas por testamento são apenas inaplicáveis. Diferentemente do fideicommissum, a disposição fiduciária contemplada pelo art. 627 c.c. não beneficia aquele indicado como herdeiro ou legatário no testamento. Tal pessoa é mencionada no testamento apenas para ocultar o beneficiário sigiloso ou semisigiloso da transmissão pelo testador. [...] O atual regulamento do fideicommissum permite em raras instâncias o emprego desse dispositivo para controlar a transmissão de propriedade *causa mortis*. [...] No entanto, na Itália, como em outros lugares, os abastados sentem a necessidade de controlar a transmissão de propriedade nas próximas gerações".*

³³⁹ Tradução livre de: "In a broader perspective, Italy lacks a general legal form by which property can be entrusted to an independent manager – neither an agent of the settlor, nor of the beneficiaries – charged with the duty of managing property for the beneficiaries with the effects listed in art. 11 of the Convention". (GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.210).

³⁴⁰ "Land Registrars now register the trustee's title as a matter of course". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.84, 2007). (Tradução livre).

sendo assinados em cartórios de registros públicos, tendo, portanto, fé pública³⁴¹; (iii) os *trusts* estão sendo feitos sob medida por advogados para seus clientes, e não por formulários genéricos³⁴²; e (iv) os *discretionary trusts*, que dão muitos poderes de gestão ao *trustee*, estão sendo evitados³⁴³.

De acordo com Antonio Gambaro, uma vez reconhecido que é possível a instituição de um *trust* na Itália, não é possível fazer um juízo de valor sobre a sua finalidade, desde que seja lícita.³⁴⁴

A respeito da conveniência e da oportunidade de a Itália empreender esforços para ter uma legislação de direito interno sobre *trusts*, Gambaro mostra-se cauteloso, no sentido de que, antes de legislar, é preciso aguardar uma certa maturidade para ver como o instituto está sendo aplicado, e como se desenvolverá no porvir.³⁴⁵

³⁴¹ "For this reason trust instruments must be executed before notaries". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.85, 2007). (Tradução livre).

³⁴² "Italian trust instruments may involve higher professional fees than elsewhere because they are tailored in each instance to the specific needs of the client". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.85, 2007). (Tradução livre).

³⁴³ "Italian clients are no longer willing to accept discretionary trusts where trustees have, on paper, the widest powers, only to be curtailed by the trustees themselves in an exercise of sudden self-restraint whenever they feel that the exercise of those powers could expose them to an action by a disgruntled beneficiary". (LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.85, 2007). Tradução livre: "Clientes italianos não estão mais dispostos a aceitar *trusts* discricionários em que os *trustes* têm, no papel, os poderes mais amplos, apenas para serem reduzidos pelos próprios *trustes* em um exercício de repentino autocontrole sempre que sentirem que o exercício de tais poderes pode os expor a processo por um beneficiário descontente".

³⁴⁴ "Una volta infatti riconosciuto che il trust fa parte del nostro ordinamento, la meritevolezza degli interessi che esso promuove deve essere data per acquisita". (GAMBARO, Antonio. Trust. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: Sezione civile. 4.ed. Torino: UTET, 1999. v.19. p.466). Tradução livre: "Uma vez reconhecido que o *trust* faz parte de nosso ordenamento, o mérito dos interesses que ele promove deve ser tomado como garantido".

³⁴⁵ "Non potendo più sostenersi che il trust è un istituto sconosciuto dal nostro diritto positivo si dovrà necessariamente argomentare sulla base di una ricostruzione attenta del nostro sistema di organizzazione dei diritti patrimoniali sia per sostenere che il giudice italiano, una volta che sia garantita sul piano interno l'esecuzione degli obblighi assunti dallo Stato sul piano internazionale, è tenuto a rifiutare il riconoscimento a quei trusts che l'Italia non è obbligata a riconoscere, sia per sostenere la tesi contraria. Sicuramente però non pare che siano invocabili norme come l'art. 2740 c.c. per sostenere l'esistenza di un principio generale in base al quale si fa divieto all'autonomia privata di conseguire la creazione di patrimoni separati. In primo luogo perché la portata effettiva della norma citata dipende dal contesto normativo e non prevale su di esso; in secondo luogo perché dopo l'introduzione nel nostro sistema delle Sim ed EuroSim, dei fondi pensione, della Società unipersonale, invocare la lettura tradizionale dell'art. 2740 c.c. come fonte di un principio di ordine pubblico appare persino un poco ridicolo. Tra l'atto di autonomia privata che serve a dar vita ad una società unipersonale e l'atto di autonomia privata che serve a trasferire irrevocabilmente un insieme di beni ad un trustee, l'art. 2740 c.c. non serve ad istituire alcuna sensata differenza. D'altro lato è invece sicuro che non possa costituirsi in Italia un trust il quale indichi il diritto italiano come legge applicabile, perché nessuna disciplina del genere esiste nel nostro ordinamento".

A segunda posição firmada pela doutrina italiana demonstra que mesmo um documento jurídico com pretensão unificadora pode dar ensejo a mais de uma interpretação, cada qual produzindo efeitos bastante diversos. Interessante também notar que outros países de tradição *civil law*, tais como a França, que é signatária da Convenção, não a ratificaram. É possível que isso tenha ocorrido por receio dos efeitos que a interpretação e a aplicação da Convenção poderiam ocasionar.

Por outro lado, entende-se que a posição italiana é compatível com o conceito amplo de *trust* albergado pela Convenção e com o ânimo de recepção do instituto a partir do reconhecimento de sua singularidade, versatilidade e potencialidade para colmatar lacunas não preenchidas por institutos originariamente presentes no ordenamento jurídico italiano. Por certo figurará como um modelo para os demais países que ratificaram a Convenção.

(GAMBARO, Antonio. Trust. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: Sezione civile. 4.ed. Torino: UTET, 1999. v.19. p.466-467). Tradução livre: "Não podendo mais sustentar que o *trust* é um instituto desconhecido pelo nosso direito positivo, dever-se-á necessariamente ser discutido com base em uma reconstrução cuidadosa dos direitos do nosso sistema de organização dos direitos patrimoniais, tanto para sustentar que o juiz italiano, uma vez que seja garantida no plano interno a execução das obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional, é levado a recusar o reconhecimento dos *trusts* que a Itália não é obrigada a reconhecer, seja para sustentar a tese contrária. Certamente parece que não sejam invocáveis normas com o art. 2740 C.C para sustentar a existência de um princípio geral com base ao qual se faça proibição à autonomia privada de conseguir a criação de patrimônios separados. Em primeiro lugar, porque o alcance efetivo da norma citada depende do contexto normativo e não prevalece sobre ele; em segundo lugar, porque após a introdução no nosso sistema das Sim e EuroSim, dos fundos de pensão, da Sociedade unipessoal, invocar a leitura tradicional do artigo. 2740 C.C como fonte de um princípio de ordem pública, parece até um pouco ridículo. Entre o ato de autonomia privada, que serve para constituir uma Sociedade unipessoal e o ato de autonomia privada que serve para proceder à transferência irrevogável um número de ativos para um agente de *trust*, artigo. 2740 C.C. não serve para instituir qualquer diferença significativa. Por outro lado, é certo que ele não pode ser constituído na Itália que aponte o direito italiano como lei aplicável, porque nenhuma disciplina do gênero existe em nosso ordenamento".

CAPÍTULO III

CLASSIFICAÇÕES DOS *TRUSTS*

O estudo dos *trusts* revela o caráter multifacetado do instituto. Como já citado, é impossível falar, segundo Maurizio Lupoi, em "o *trust*", mas sim em *trusts*.³⁴⁶ Apesar das diferenças intrínsecas entre as variedades de *trusts*, e a dificuldade de formulação de um conceito geral, foram feitas classificações buscando agrupar os diversos gêneros de *trusts* a partir dos critérios expostos adiante.

3.1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FORMAÇÃO DOS *TRUSTS*

A mais célebre e talvez mais importante classificação dos *trusts* toma como critério distintivo a forma de sua criação, se por um ato de vontade ou por operação legal. Convenciona-se adotar a classificação elaborada por Frederick William Maitland, a partir das disposições do *Statute of Frauds*: "*Trusts* são criados (1) por um ato de uma parte, (2) por operação da lei. Eu não penso que esses termos não estejam sujeitos a críticas, no entanto são bastante conhecidos e úteis".³⁴⁷ Maitland propõe, com base em

³⁴⁶ "Another major misunderstanding concerns the use of the word 'trust' in the singular. 'The trust' does not exist, 'trusts' do: unilateral, bilateral, testamentary, inter vivos, for a long term, for a short term, express, constructive, resulting, implied, for beneficiaries, for purposes, public, private, family trusts, business trusts, financial trusts, security trusts, tax-motivated, management-motivated, custody-motivated, embodying overriding powers, bare, protective, for accumulation and maintenance – one could go on forever, and the only inescapable conclusion would be that it is little short of total uselessness to try to work in general terms to describe a general institution that as such does not exist. Generalities must be avoided and trusts must be dissected and examined from within, not from without". (LUPOI, Maurizio. *The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. Trust Law International*, v.21, n.2, 2007, p. 83). Tradução livre: "Outra grande incompreensão diz respeito ao uso da expressão 'trust' no singular. 'O trust' não existe; existem 'trusts': unilaterais, bilaterais, testamentários, *inter vivos*, a longo prazo, a curto prazo, expressos, presumidos, resultantes, implícitos, para beneficiários, para propósitos, públicos, privados, *trusts* familiares, *trusts* empresariais, *trusts* financeiros, *trusts* securitários, em razão de tributação, em razão de administrativo, em razão de guarda, que incorporem poderes derogatórios, nus, protetivos, para acumulação e manutenção – é possível seguir infinitamente, e a única conclusão inescapável seria que é quase inútil tentar conceber termos gerais para descrever um instituto geral que não existe enquanto tal. Generalidades devem ser evitadas e os *trusts* devem ser dissecados e examinados de dentro, e não de fora". Como já ressaltado na nota 149 (p.61), por concordar-se com as observações de Lupoi, buscou-se ao longo do trabalho utilizar "*trusts*" no plural sempre que possível. Aparecem no texto algumas exceções, devido a limitações vernaculares, havendo compromisso sobretudo com a clareza da redação.

³⁴⁷ "*Trusts are created (1) by the act of a party, (2) by the operation of law. I do not think that these terms are unexceptionable, still they are well known and useful*". (MAITLAND, Frederic William. *Equity, Also, The Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures*. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.53).

tal critério, uma classificação adicional: (1) os *trusts* criados por ato de uma parte seriam subdivididos em (a) *trusts* expressos e (b) *trusts* implícitos; e (2) os *trusts* criados por ato da lei seriam subdivididos em (a) *trusts* resultantes e (b) *trusts* presumidos.³⁴⁸

A ampla adoção da classificação de Maitland é visível ao se analisar as obras sobre *trusts* disponíveis em língua portuguesa, que, mesmo sem citar o professor inglês, escoram-se em sua classificação.³⁴⁹ A despeito de algumas divergências conceituais, notadamente a definição do que seria um *trust* implícito³⁵⁰, a classificação com base em tal critério é bastante difundida.

De acordo com a classificação mencionada, haveria, dentre os *trusts* instituídos a partir da vontade de um *settlor*, *trusts* expressos e *trusts* implícitos. Os *trusts* expressos³⁵¹

³⁴⁸ *Trusts: (1) by act of a party: (a) express; (b) implied; (2) by act of the law: (a) resulting; (b) constructive.* (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.53).

³⁴⁹ "2.2. **Express Trusts, Resulting (Implied) e Constructive Trusts** Trata-se da aplicação do critério da autonomia da vontade à constituição do *trust*" (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.57); "insta destacar que o *Trust* é normalmente constituído através de um acto voluntário e intencional do criador (*settlor*), *inter vivos* ou *causa mortis* (*Trust testamentary*), o chamado *Express Trust*. Contudo, os *Trusts* também podem ser constituídos em virtude de lei e sem nenhuma expressa intenção do *settlor* em criá-los, são eles os '*Implied Trusts*' que se classificam em *Constructive Trust* e em *Resulting Trusts*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.51-52).

³⁵⁰ "I have said now what I have to say about the creation of trusts by the act of a party. Lewin and other text-writers divide trusts thus created into express and implied. It is difficult to draw the line, for since no formal words are necessary for the creation of a trust, and since whenever the trust is created by the act of the party there almost of necessity will be some words used, - even if a deaf-mute created a trust by 'talking on his fingers' there would be words used, - the distinction comes to be one between clear and less clear words, and clearness is a matter of degree. Thus Lewin, under the head of '*Implied Trusts*,' treats of cases in which a testator creates a trust by such words as '*I desire*,' '*I request*,' '*I hope*.' No firm line can be drawn - '*I desire*' is nearly as strong as '*I trust*,' and '*I trust that he will do this*' is almost the same as '*Upon trust that he will do this*.' I do not therefore think that the distinction is an important one, and very often you will find that the term '*Express Trust*' is given to all trusts created by act of a party, i.e., by declaration, while '*Implied Trust*' stands for what Lewin calls a trust created by act of the law". (MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.75-76). Tradução livre: "Já disse o que tinha a dizer sobre a criação de *trusts* pelo ato de uma parte. Lewin e outros autores dividem *trusts* criados de tal forma em expressos e implícitos. É difícil traçar uma divisão, pois, como não são necessárias palavras solenes para a criação de um *trust*, e como sempre que o *trust* for criado por um ato de uma parte é quase necessário que algumas palavras sejam usadas - mesmo que um surdo-mudo crie um *trust* 'falando com seus dedos' haveria o uso de palavras -, a distinção passa a ser entre palavras claras e palavras menos claras, e clareza é uma questão de gradação. Portanto, Lewin, sob a categoria de '*Trusts* Implícitos', trata de casos em que um testador cria um *trust* pelo uso de palavras tais como 'eu desejo', 'eu peço', 'eu espero'. Nenhuma distinção firme pode ser traçada - 'eu desejo' é quase tão forte quanto 'eu confio', e 'eu confio que ele fará isso' é quase o mesmo que 'sob a confiança de que ele fará isso'. Eu não penso, portanto, que a distinção seja importante, e frequentemente se descobrirá que a denominação '*Trust* Expresso' é dada a todos os *trusts* criados por um ato da parte, i.e. por declaração, enquanto '*Trust* Implícito' representa aquilo que Lewin denomina um *trust* criado por ato da lei".

³⁵¹ *Express Trusts*.

seriam aqueles em que há um ato voluntário por parte do *settlor*, explicitamente declarando a existência de um *trust* e de todos os seus termos.³⁵² Por outro lado, os *trusts* seriam implícitos³⁵³ quando o ato de vontade instituidor do *trust* não fosse suficientemente claro para definir expressamente todos os termos de operação do *trust*, sendo necessária alguma interpretação da vontade do *settlor*.³⁵⁴

Haveria, por outro lado, *trusts* criados por força da lei, e não por ato de vontade, expressa ou implícita, de um *settlor*. Dentre os *trusts* criados pela lei, há os *trusts* resultantes³⁵⁵, que são criados pelos tribunais a partir de uma presunção da vontade das partes.³⁵⁶ Além destes, existem os *trusts* presumidos³⁵⁷, criados pela

³⁵² "Express trusts are also called direct trusts. They are generally created by instruments that point out directly and expressly the property, persons, and purposes of the trust; hence they are called direct or express trusts in contradistinction from those trusts that are implied, presumed, or construed by law to arise out of the transactions of parties". (PERRY, Jairus Ware. **A Treatise on the Law of Trusts and Estates**. 4.ed. atual. por Frank Parsons. Boston: Little, Brown & Co., 1889. v.1. p.16). Tradução livre: "*Trusts* expressos são também chamados *trusts* diretos. Eles são geralmente criados por instrumentos que apontam diretamente e expressamente os bens, as pessoas e as finalidades do *trust*; portanto eles são chamados *trusts* diretos ou expressos em oposição àqueles *trusts* que são implicados, presumidos ou interpretados pela lei que surgem das transações entre partes"; "Denomina-se como *express trust* aquele que resulta de um acto voluntário do disponente. Assim, trata-se de um *trust* voluntariamente declarado como tal pelo *settlor* ou pelo testador". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.57); "O *Express Trust* pode ser considerado como 'exemplo central ou núcleo do *Trust*' e caracteriza-se pela vontade expressa do *settlor* em constituir um *Trust*, bem como pelo estabelecimento explícito dos seus termos e condições. Assim, a 'certeza de vontade' de constituir o *Trust* deve resultar da interpretação da declaração do *settlor*, e os bens e direitos devem ser indicados com suficiente precisão". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.53).

³⁵³ *Implied Trusts*.

³⁵⁴ "Implied trusts are trusts that the courts imply from the words of an instrument, where no express trust is declared, but such words are used that the court infers or implies that it was the purpose or intention of the parties to create a trust". (PERRY, Jairus Ware. **A Treatise on the Law of Trusts and Estates**. 4.ed. atual. por Frank Parsons. Boston: Little, Brown & Co., 1889. v.1. p.16). Tradução livre: "*Trusts* implícitos são *trusts* que os tribunais a partir das palavras de um instrumento, no qual nenhum *trust* expresso foi declarado, mas tais palavras são utilizadas de modo que o tribunal infere ou deduz que era o propósito ou a intenção das partes criar um *trust*".

³⁵⁵ *Resulting Trusts*.

³⁵⁶ "Resulting trusts are trusts that the courts presume to arise out of the transactions of parties, as if one man pays the purchase-money for an estate, and the deed is taken in the name of another. Courts presume that a trust is intended for the person who pays the money". (PERRY, Jairus Ware. **A Treatise on the Law of Trusts and Estates**. 4.ed. atual. por Frank Parsons. Boston: Little, Brown & Co., 1889. v.1. p.16). Tradução livre: "*Trusts* resultantes são *trusts* que os tribunais presumem surgir das transações entre as partes, como no caso daquele que paga o preço pela compra de uma propriedade e o título é registrado em nome de outro. Os tribunais presumem que um *trust* foi pretendido em favor daquele que pagou o preço"; "Os *resulting trusts* são *intent-enforcing trusts*, constituídos mediante inferências da jurisprudência da equidade em virtude de o *legal title* se encontrar na esfera jurídica de uma pessoa e de o *equitable title* pertencer a outra. Este tipo de *trusts* tem lugar quando não se verifica uma disposição completa e eficaz do *equitable title*. Nestas situações, havendo transmissão do *legal title* para terceiro, o *equitable title* reverte (ou 'resulta') para o disponente. [...] Estes *trusts* são constituídos automaticamente, porquanto resultam diretamente da lei independentemente da vontade real do *settlor*". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**:

jurisdição da *equity* para solucionar situações que seriam de todo intoleráveis diante do enriquecimento ilícito, criando-se um *trust* em favor do prejudicado.³⁵⁸

Em que pese a ampla difusão da classificação, esta não está, evidentemente, isenta de críticas. Em um célebre artigo publicado no início do Século XX, George P. Costigan Jr. propõe uma alteração do critério, passando-se da análise da origem do ato – se de uma parte ou da lei – para a análise do fundamento do *trust*, marcado pela expressão da vontade do *settlor* ou pela necessidade de se retificar alguma espécie de fraude.³⁵⁹

Costigan inicia sua análise a partir da natureza dos *trusts* considerados "expressos" e "implícitos", entendendo que, em ambos os casos, tem-se a expressão da vontade do *settlor*, ainda que a vontade demande alguma interpretação.³⁶⁰ Tem-se, assim, que o *trust* chamado "implícito" é criado pelas próprias partes, e não pelos

estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.58-59); "os *Resulting Trusts* são constituídos por força de lei, na presença de indícios idôneos que revelam de maneira inequívoca, o conteúdo de uma vontade semelhante. Com efeito, essa modalidade de *Trusts* é criada por tribunais quando há motivos para presumir que uma pessoa tenha pretendido constituir um *Express Trust*, mas que, por circunstâncias alheiras a sua vontade, não chegou a formalizar o pacto, ou quando a transmissão da *equitable ownership* não é totalmente implementada". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.52).

³⁵⁷ *Constructive Trusts*.

³⁵⁸ "A constructive trust is one that arises when a person, clothed with some fiduciary character, by fraud or otherwise gains some advantage to himself. Courts construe this to be an advantage for the cestui que trust or a constructive trust". (PERRY, Jaius Ware. **A Treatise on the Law of Trusts and Estates**. 4.ed. atual. por Frank Parsons. Boston: Little, Brown & Co., 1889. v.1. p.16). Tradução livre: "Um *trust* presumido é aquele que surge quando alguém, revestido de algum caráter fiduciário, por fraude ou de alguma outra forma, tem alguma vantagem pessoal indevida. Os tribunais interpretam que tal vantagem deve pertencer ao *cestui que trust* ou a um *trust* presumido"; "Trata-se dos *fraud-rectifying trusts*, constituídos por inferência judicial da equidade. O *constructive trust* pode ser definido como um remédio, imposto pela equidade, com vista a precluir a manutenção ou a afirmação da *equitable ownership* dos bens ou direitos por parte de pessoas que são *express* ou *resulting trustees* ou de pessoas que, por razões especiais, devem ser tratadas como *express trustees*, na medida em que essa conservação ou afirmação da *equitable ownership* seriam sempre contrárias a algum princípio da equidade". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.58-59).

³⁵⁹ COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.437, mar. 1914.

³⁶⁰ "that definition of implied trusts seems to be only a definition of those express trusts where the express language has to be construed. A trust is genuinely express even though the express language requires interpretation, if the express language, as construed, does state it fully". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.438, mar. 1914). Tradução livre: "aquela definição de *trusts* implícitos parece ser apenas uma definição daqueles *trusts* expressos em que a linguagem expressa precisa ser interpretada. Um *trust* é genuinamente expresso ainda que a linguagem expressa exija interpretação se a linguagem expressa, conforme interpretada, o estabelece integralmente".

tribunais, como tradicionalmente defendido.³⁶¹ Ademais, pontua que a definição de *trust* implícito é problemática, pois muitas vezes se confunde com as noções de *trusts* resultantes e de *trusts* presumidos.³⁶² Isso se deu porque se fez distinção entre *trusts* implicados pelos fatos³⁶³ (os *trusts* implícitos) e *trusts* implicados pela lei³⁶⁴ (os *trusts* resultantes e presumidos) – uma distinção incorreta, segundo Costigan³⁶⁵, o qual entende que os únicos *trusts* verdadeiramente implícitos são os *trusts* resultantes, pois são implicados pelos fatos.³⁶⁶

Com isso, propõe Costigan que sejam entendidos por *trusts* expressos (1) todos aqueles *trusts* orais e escritos cuja linguagem seja declarada e manifesta em tempos precisos, estes os mais difundidos e utilizados *trusts*³⁶⁷, bem como (2) todos aqueles *trusts* criados por vontade manifesta, mas cujos termos careçam de interpretação para se precisar detalhadamente todas as suas circunstâncias.³⁶⁸ Em ambos os

³⁶¹ Ver, acima, a definição de *trust* implícito de Perry, que entende serem criados pelos tribunais. (PERRY, Jairus Ware. **A Treatise on the Law of Trusts and Estates**. 4.ed. atual. por Frank Parsons. Boston: Little, Brown & Co., 1889. v.1. p.16).

³⁶² Veja-se que Vaz Tomé e Leite de Campos tratam os *resulting trusts* e os *implied trusts* como sinônimos. (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.57).

³⁶³ *Implied-in-fact trusts*.

³⁶⁴ *Trusts implied by law*

³⁶⁵ "It is only because constructive trusts are misnamed 'constructive' that they have been called implied". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.439, mar. 1914). Tradução livre: "É somente porque os *trusts* presumidos são incorretamente denominados 'presumidos' é que eles puderam ser chamados de implícitos".

³⁶⁶ "It is desirable to reject the customary definition of implied trusts and to limit the words 'implied trusts' to trusts implied in fact, i. e., to resulting trusts". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.439, mar. 1914). Tradução livre: "é desejável rejeitar a costumeira definição de *trusts* implícitos e restringir as palavras '*trusts* implícitos' aos *trusts* implícitos de fato, i.e. aos *trusts* resultantes".

³⁶⁷ "O *express trust* é o mais difundido e utilizado". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.57); "O *Express Trust* pode ser considerado como 'exemplo central ou núcleo do *Trust*' e caracteriza-se pela vontade expressa do *settlor* em constituir um *Trust*, bem como pelo estabelecimento explícito dos seus termos e condições". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.53).

³⁶⁸ Essa segunda classe de *trusts* expressos, dependentes de interpretação, é por sua vez subdividida por Costigan. Tal subclassificação, no entanto, não parece ser de maior importância para a finalidade desta tese, como se demonstra adiante. (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.454-455, mar. 1914).

casos, os *trusts* são criados pela vontade manifesta do *settlor*, não havendo dúvida quanto à sua intenção de constituir um *trust*.³⁶⁹

Segundo Costigan, seriam implícitos apenas os *trusts* resultantes, os quais o autor busca definir a partir dos *uses* resultantes previamente ao *Statute of Uses*.³⁷⁰ Os *trusts* resultantes, neste sentido, existiriam nas situações de transmissão de bens em que não houve nenhuma vontade expressa das partes pela criação de um *trust*, mas seria razoável presumir a existência de um *trust* para não gerar onerosidade excessiva ao transmitente. Haveria dois grupos de situações que resultariam na criação de um *trust* implícito: (1) nos casos em que A paga a B o preço pela propriedade, e determina a transmissão do título a C, com quem A não possui vínculo conjugal ou de filiação, não havendo qualquer manifestação expressa, oral ou escrita, de criação de um *trust* e (2) nos casos em que A paga a B o preço pela propriedade, e determina a transmissão do título a C, com quem A possui vínculo conjugal ou de filiação, não havendo qualquer manifestação expressa, oral ou escrita, de criação de um *trust*, mas em que está presente alguma circunstância – como, por exemplo, o uso de todos os seus bens na compra da propriedade – sob a qual não seria razoável inferir uma doação.³⁷¹ Em ambos os casos, há transmissão lícita e voluntária de propriedade, mas não seria razoável pressupor uma doação do transmitente ao receptor, pois seria excessivamente onerosa. Poderia, assim, haver uma decisão judicial reconhecendo a existência de um *trust*. Tal decisão reconheceria o que se presume ser a vontade do transmitente, portanto Costigan defende ser essa também uma classificação de *trusts* baseada na expressão da vontade. Ressalte-se que, em ambos os casos, seria

³⁶⁹ "To imply is to infer, and to infer is to deduce as a fact something as preexisting". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.439, mar. 1914). Tradução livre: "Implicar é inferir, e inferir é deduzir, de fato, algo como preexistente".

³⁷⁰ COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.439-448, mar. 1914). O *Statute of Uses* foi abordado na Seção 1.2 desta tese (ver p.40-42).

³⁷¹ "(a) Where A. pays B. who conveys to C. who is not A.'s wife or child and is not one to whom A. stands in loco parentis, and no express trust, either written or oral, is shown. (b) Where A. pays B. who conveys to C. who is A.'s wife or child or one to whom A. stands in loco parentis, but where the fact that A. used up all his property in the purchase or some other circumstance makes it unreasonable to infer a gift, and no express trust, either written or oral, is shown". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.462, mar. 1914).

possível desconstituir a presunção e com ela o *trust* a partir de uma demonstração pelo donatário de que havia a intenção de se fazer uma doação.³⁷²

Por fim, Costigan aponta sua última classe de *trusts* – os *trusts* presumidos, *constructive trusts* ou *trusts in invitum* –, estes os únicos *trusts* a serem criados por força da lei, e não pela expressão da vontade do *settlor*, com a finalidade de retificar alguma espécie de fraude. Entende-se, assim, por *constructive trusts* todo *trust* reconhecido e aplicado pela jurisdição da *equity* que não possa ser considerado um *trust* expresso ou resultante.³⁷³ Relembra o autor que o fundamento para o reconhecimento dos *trusts* presumidos é o mesmo para o reconhecimento dos *trusts* resultantes e também dos *trusts* expressos.³⁷⁴ Há, assim, mais similitudes que diferenças entre as diversas categorias de *trusts*, estando todas fundadas sob a necessidade de se evitar o enriquecimento ilícito à luz da *equity*.³⁷⁵ Assim, para corrigir eventuais situações de enriquecimento ilícito, permite a *equity* que os tribunais possam reconhecer a existência de um *trust* pela parte que se presume lesada em uma situação de transmissão de propriedade. Costigan aponta, assim, seis grupos de casos em que poderia ser criado um *trust* por interpretação: (1 e 2³⁷⁶) nos casos em que A paga a B o preço por um bem imóvel, e determina a transmissão do título

³⁷² Deve-se observar que as subclassificações de *trusts* resultantes propostas por Costigan divergem daquelas apresentadas por outros autores, v.g. Diogo Leite de Campos e Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé (**A propriedade fiduciária (Trust): estudo para a sua consagração no direito português**. Coimbra: Almedina, 1999. p.60-62). Isso se dá devido à alteração do critério para se definir o que se entende por um *trust* resultante – isto é, um *trust* criado com base na presunção da vontade do transmitente –, entendimento que nos parece mais apropriado, eis que fundado em critério objetivo.

³⁷³ "*Constructive trusts are not easy to define. They compromise all trusts recognized and enforced by chancery that are neither express trusts nor resulting trusts*". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.448, mar. 1914).

³⁷⁴ "*It seems desirable to emphasize the often-forgotten fact that the fundamental reason for enforcing an express trust is the same as that for enforcing a resulting trust and is the same as that for enforcing a constructive trust*". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.452, mar. 1914).

³⁷⁵ "*We are too apt to forget that the sole reason why chancery took jurisdiction to enforce uses, the earliest trusts, was to prevent the unjust enrichment by feoffees through their fraudulent retention of land conveyed to them in use or confidence, and that to-day there is no other reason for chancery's enforcement of any kind of a trust*". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.453, mar. 1914). Tradução livre: "Nós somos muito propensos a esquecer que o único motivo pelo qual a chancelaria afirmou sua competência para reconhecer *uses*, os primeiros *trusts*, foi para evitar o enriquecimento ilícito dos *feoffees* por sua retenção fraudulenta de terras transmitidas a eles em *use* ou confiança, e que atualmente não há qualquer outro motivo para o reconhecimento de qualquer espécie de *trust* pela chancelaria".

³⁷⁶ Costigan trata as situações em que há vínculo conjugal ou de parentesco como diferentes dos casos em que não há vínculo conjugal ou de parentesco. Para os fins deste trabalho, não se vislumbra prejuízo na junção destas duas categorias.

a C, com quem A possua ou não vínculo conjugal ou de filiação, e que assume um *trust* oral expresso em favor de A, o qual é posteriormente repudiado por C ou por seu herdeiro, com base no *Statute of Frauds*³⁷⁷, reivindicando a propriedade para si³⁷⁸; (3) nos casos em que A, sem o consentimento de B, usa seus recursos para a compra de terras registradas em nome da A³⁷⁹; (4) nos casos em que A, sem contraprestação³⁸⁰, transmite a C, por meio de escritura que indica existência de contraprestação, e inclui uma cláusula de *habendum*³⁸¹ ao uso de C, mas sob um *trust* expresso oral em favor de A, e em que C ou seu herdeiro repudia o *trust* com

³⁷⁷ O *Statute of Frauds*, promulgado em 1677 na Inglaterra – mesma denominação dada às legislações posteriores em outros países da tradição *common law* nele inspiradas –, tornou inexecutíveis os contratos de transmissão de bens imóveis em que não fossem observadas algumas formalidades, tais como a redução a termo escrito e assinado pelo transmitente. Tal inobservância, no entanto, não acarreta a nulidade de tais contratos. (GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.1545). Assim, com base no *Statute of Frauds* é vedada a criação de *trusts* orais em caso de transmissão de bens imóveis, exigindo-se um instrumento escrito. Acerca da vedação e da impossibilidade de causar prejuízo ao transmitente, ver COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.463, mar. 1914: "*The fact that the Statute of Frauds forbids the enforcement of the express oral trust while it expressly permits the enforcement of the implied-in-fact resulting trust is no justification for the attitude of chancery in those jurisdictions where the retention of the trust res in violation of the express oral trust is not deemed a constructive trust, for those courts ought to deem such action to raise a constructive trust, and if they did, its enforcement would be expressly authorized by the Statute of Frauds*".

³⁷⁸ "(a) Where A. pays B. who conveys to C. who is not A.'s wife or child and is not one to whom A. stands in loco parentis, and who takes upon an express oral trust for A., which later the or his heir repudiates, in reliance on the Statute of Frauds, and where, in addition to repudiating the trust C. or C.'s heir claims as his own the trust res. (b) Same as (a), only C. is A.'s wife or child or one to whom A. stands in loco parentis". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.462, mar. 1914).

³⁷⁹ "(c) Where A. without authority uses B.'s funds to buy lands deeded to A". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.453, mar. 1914).

³⁸⁰ *Consideration*. Ver GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.347: "*Something (such as an act, a forbearance, or a return promise) bargained for and received by a promisor from a promisee; that which motivates a person to do something, esp. to engage in a legal act. Consideration, or a substitute such as promissory estoppel, is necessary for an agreement to be enforceable*". Tradução livre: "Algo – como um ato, um prazo de tolerância, ou uma promessa de restituição – negociada e recebida por um promissário de um promitente; aquilo que motiva alguém a fazer algo, especialmente praticar um ato jurídico. A contraprestação, ou algum substituto como a perda do direito em razão de promessa que levou a outra parte a praticar um ato, é necessária para que um acordo seja exequível". Na tradição *common law*, a *consideration* é requisito essencial para a conclusão de contratos. No caso do exemplo, portanto, em não havendo contraprestação de C em favor de A pela transmissão do bem, não poderia ser considerado um contrato válido nos termos da lei. O reconhecimento de um *trust*, nesse caso, seria uma solução encontrada pela *equity* para preservar os acordos das partes, evitando onerosidade excessiva e enriquecimento ilícito.

³⁸¹ "*The part of an instrument, such as a deed or will, that defines the extent of the interest being granted and any conditions affecting the grant*". (GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.778). Tradução livre: "A parte de um instrument, como uma escritura ou um testamento, o que define a extensão do interesse sendo transmitido ou quaisquer condições que afetem a transmissão". A cláusula *habendum* é comumente chamada "*to-have-and-to-hold clause*", isto é, a cláusula de "ter e manter", o que reforça o caráter temporário do domínio sobre o bem, em geral condicionado a alguma obrigação futura.

base no *Statute of Frauds* e a *parol-evidence rule*³⁸², retendo a propriedade para si³⁸³; (5) nos casos em que A transmite a propriedade a C na forma do grupo de casos anterior ou transmite a C sob um *trust* expresso oral em favor de X, mas em que C repudia o *trust* com base no *Statute of Frauds* e na *parol-evidence rule*, com base no *Statute of Wills*³⁸⁴ ou com base em ambos o *Statute of Frauds* e o *Statute of Wills*³⁸⁵; e (6) todos os demais *trusts* que não sejam expressos ou resultantes e que tenham sido, portanto, impostos e aplicados devido a fraude real ou presumida.³⁸⁶ Como se vê, em todas as situações há alguma espécie de prejuízo ao transmitente causado pelo receptor, sendo necessária a criação de um *trust* em seu favor ou de terceiro para evitar o enriquecimento sem causa.

³⁸² Regra segundo a qual não é possível a alteração de um documento escrito por uma declaração verbal, por exemplo. Ver GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.1227: "*The common law principle that a writing intended by the parties to be a final embodiment of their agreement cannot be modified by evidence of earlier or contemporaneous agreements that might add to, vary, or contradict the writing. ÿ This rule usu. operates to prevent a party from introducing extrinsic evidence of negotiations that occurred before or while the agreement was being reduced to its final written form*". Tradução livre: "O princípio da tradição *common law* segundo o qual um documento escrito pretendido pelas partes como a incorporação final de suas vontades não possa ser modificado por prova de acordos anteriores ou contemporâneos que possam acrescentar, modificar ou contradizer o documento escrito. ÿ A regra comumente opera de modo a evitar que uma parte apresente prova extrínseca de negociações que ocorreram antes ou durante a redução do documento à sua versão final escrita".

³⁸³ "(d) *Where A. without consideration conveys to C. by a deed which recites a consideration and has an habendum to C.'s use, but on an express oral trust for A., and where C. or C.'s heir repudiates the trust, in reliance on the Statute of Frauds and the parol-evidence rule, and retains the res as his own*". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.462, mar. 1914).

³⁸⁴ Lei inglesa de 1540 que estabelece o direito de sucessão testamentária de bens imóveis, e legislações posteriores de outros países de tradição *common law* nela inspiradas. Ver GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.1546.

³⁸⁵ "(e) *Where A. conveys to C. as in (d) or devises to C. upon an express oral trust for X. and where C. repudiates and retains the res as in (d) in reliance on the Statute of Frauds, and the parol-evidence rule, or on the Statute of Wills, or on both the Statute of Frauds and the Statute of Wills*". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.462, mar. 1914). Em ambos os casos tem-se a transmissão voluntária de bem imóvel de A para C, seja *inter vivos* ou testamentária, no entanto a condição imposta por A não é exequível de acordo com a lei, sendo a intenção de A repudiada por C para a manutenção do bem para si. Ainda que a lei não garanta a imposição da condição, segundo a *equity*, tal solução geraria um benefício indevido a C, visto que não houve contraprestação na aquisição da propriedade. É, assim, imposta a segregação daquela parcela do patrimônio de C, criando-se um *trust* em favor de A ou de outro beneficiário por ele indicado na escritura ou em seu testamento.

³⁸⁶ "(f) *All other trusts which are neither express nor resulting and which therefore are imposed and enforced because of actual or constructive fraud*". (COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.462, mar. 1914).

Apesar da importância da classificação dos *trusts* baseada na forma de sua criação – se por vontade expressa ou implícita do *settlor*, ou por operação legal para a retificação de alguma fraude sob a *equity* – em seus sistemas jurídicos de origem, a relevância para esta tese resume-se à descrição da multiplicidade das formas de criação de *trusts* em seu sistema de origem.

Ao se propor a recepção dos *trusts* ao direito brasileiro, em um primeiro momento vê-se a possibilidade de criação no Brasil de *trusts* expressos³⁸⁷ – ainda que possa ser demandada alguma atividade interpretativa para se precisar a vontade do *settlor*. Por não se tratar de foro sujeito à jurisdição da *equity*, não se vislumbra a possibilidade de se criar no Brasil, ao menos em um primeiro momento, *trusts* presumidos ou mesmo *trusts* resultantes, ainda que sejam classificações importantes para se delimitar quais espécies de *trusts* podem ser criadas no Brasil. Por tal motivo, a seguir, será feita a análise das categorias mais comuns de subdivisão dos *trusts*, restringir-se-á apenas aos *trusts* expressos, por entender ser a categoria mais relevante para a presente análise.

3.2 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FINALIDADE

Outro critério bastante importante³⁸⁸ para os *trusts* diz respeito à sua finalidade, analisando-se seu beneficiário. Com base nesse critério, é possível estabelecer os *trusts* enquanto privados³⁸⁹ ou caritativos³⁹⁰.

De um lado, os *trusts* caritativos são *trusts* que têm por finalidade o atendimento de algum interesse público, de modo a favorecer a população em geral.³⁹¹ Ainda que não haja uma definição precisa do que possa ser considerado "caritativo"³⁹², há dois

³⁸⁷ Vale destacar que a Convenção da Haia se aplica apenas aos *trusts* expressos, criados voluntariamente e comprovados por escrito, conforme a regra de seu Artigo 3.

³⁸⁸ Vaz Tomé e Leite de Campos (apontam essa classificação como a "*summa* classificação" dos *trusts*. (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.51).

³⁸⁹ *Private Trusts*.

³⁹⁰ *Public ou Charitable Trusts*.

³⁹¹ CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.51.

³⁹² "Não existe definição legislativa de *charity*. Este conceito varia com a evolução das circunstâncias sociais, económicas e culturais. Por isso, afigura-se difícil definir certo propósito como *charitable* quando esse não tenha sido objeto de decisão judicial anterior que verse o mesmo tipo, ou tipo análogo, de propósito". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.53).

princípios basilares utilizados para estabelecer uma finalidade pública ou caritativa nos *trusts*. Primeiramente, é necessário que não haja nenhuma finalidade lucrativa ou atividade que vise beneficiar alguma pessoa específica.³⁹³ Ademais, é necessário que se favoreça a população em geral ou uma parcela determinada, visando sempre o interesse público.³⁹⁴ No entanto, ainda que o *trust* caritativo tenha beneficiários indeterminados, seu objetivo caritativo deve ser determinado e bem definido.³⁹⁵ Assim, em sendo um *trust* considerado caritativo, há diversas vantagens legais, inclusive a possibilidade de se excepcionar a *rule against perpetuities* – que determina que os *trusts* devem ser constituídos com prazo determinado. Em todos os Estados analisados, seguindo-se a tradição inglesa, o cumprimento dos *trusts* caritativos é supervisionado pelo *attorney-general* da localidade.³⁹⁶

Como critério negativo, estabelece-se que todos os *trusts* que não sejam considerados públicos são classificados como privados, entendendo-se que há, nestes

³⁹³ "Desde logo, nenhuma atividade que vise a obtenção de proveitos (a favor de uma pessoa) é considerada como *charitable*. Não se verifica, porém, qualquer objecção a uma *charity* que cobra, pelos seus serviços, um preço superior ao custo, desde que sobre ela impenda a obrigação de aplicar tal diferença na realização do fim da *charity*". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.53).

³⁹⁴ "Em segundo lugar, nenhum *trust*, que não seja para benefício público, é visto como *charitable*. Daqui decorre que o *trust* deve ser constituído para o benefício da comunidade em geral, ou de uma determinada parte da mesma, e não apenas de um grupo de pessoas de qualquer modo relacionadas entre si ou com o disponente por acordos privados. Por outro lado, um propósito de natureza política nunca é totalmente *charitable*". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.53).

³⁹⁵ "Verifica-se, então, a única e exclusiva exceção à regra que estabelece o requisito de determinação exacta dos beneficiários. De fato, o beneficiário pode não ter sido determinado no acto constitutivo do *Trust*. De outra parte, destaca-se que os objectivos caritativos devem ser sempre certos e determinados". (FREIRE E ALMEIDA, Verónica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.62).

³⁹⁶ No Reino Unido, compete ao Procurador-Geral de Sua Majestade para a Inglaterra e o País de Gales (*Her Majesty's Attorney General for England and Wales*) a fiscalização e aplicação dos *trusts* caritativos (ver <goo.gl/7BfcvN>). Esta atribuição foi mantida em diversos outros países da tradição *common law*, inclusive nos Estados Unidos da América, onde cada estado atribui a seu procurador-geral a fiscalização dos *trusts* caritativos. Ver, e.g. o Estado do Texas: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Texas. **Property Code**, Título 9, Subtítulo C, Capítulo 123, § 123.002: "ATTORNEY GENERAL'S PARTICIPATION. For and on behalf of the interest of the general public of this state in charitable trusts, the attorney general is a proper party and may intervene in a proceeding involving a charitable trust. The attorney general may join and enter into a compromise, settlement agreement, contract, or judgment relating to a proceeding involving a charitable trust". Tradução livre: "PARTICIPAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL. Para e em nome do interesse do público em geral deste estado em *trusts* caritativos, o procurador-geral é parte legítima e poderá intervir em procedimento referente a um *trust* caritativo. O procurador-geral poderá aderir e firmar composição, acordo, contrato ou julgamento vinculado a um procedimento referente a um *trust* caritativo".

trusts, a constituição de um benefício em favor de pessoas, de algum modo, relacionadas ao *settlor*.³⁹⁷

Os *trusts* caritativos viabilizam importantes iniciativas filantrópicas e demonstram as potencialidades dessa figura, que também pode ser utilizada para concretizar propósitos humanitários e altruísticos.

Em certa medida, os *trusts* caritativos se assemelham às fundações presentes nos ordenamentos da *civil law*. Diferentemente das corporações, a fundação é uma pessoa jurídica composta por bens. Trata-se de um patrimônio afetado ao cumprimento da finalidade para o qual foi constituído. Assim como o *trust*, a fundação pode ser criada por ato *inter vivos* ou por via testamentária.

A primeira dessemelhança entre essas duas figuras reside no fato de que as fundações são pessoas jurídicas de direito privado³⁹⁸, ao passo que os *trusts* são entes jurídicos despersonalizados. Em segundo lugar, a versatilidade da fundação é bastante reduzida quando comparada à do *trust*, porquanto ela só pode ser instituída para atender as finalidades previstas no parágrafo único do art. 62 do Código Civil, recentemente ampliado pela Lei n.º 13.151, de 2015.³⁹⁹ O caráter restritivo da atual codificação é decorrente do esforço para a manutenção da idoneidade dessa modalidade de pessoa jurídica, conforme explica Paulo Luiz Netto Lôbo:

O CC de 2002 promoveu radical alteração do modelo fundacional que vigorava na legislação anterior, restringindo profundamente os fins que podem ser utilizados. O modelo aberto anterior permitiu seu desvirtuamento, com a proliferação de fundações que encobriam fins econômicos, ou de participação e controle de empresas. Historicamente, as fundações surgiram como frutos

³⁹⁷ "Os *private trusts* são *trusts* constituídos para o benefício de pessoas que se encontram, de algum modo, numa qualquer relação com o *settlor* e que, em último recurso, são aquelas que têm legitimidade para os executar". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.56).

³⁹⁸ As fundações são classificadas como pessoas jurídicas de direito privado no art. 44, inciso III, do Código Civil Brasileiro.

³⁹⁹ Na atual dicção do Código Civil, em seu art. 62, parágrafo único, é admissível a constituição de fundação para o fito de promoção: i) da assistência social; ii) da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; iii) da educação; iv) da saúde; v) da segurança alimentar e nutricional; vi) da defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; vii) da pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; viii) da promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; ix) das atividades religiosas. A ampliação das finalidades que podem ser objeto das fundações está em conformidade com os enunciados 8 e 9 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Segundo o Enunciado n.º 8: "Art. 62, parágrafo único: a constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no CC, art. 62, parágrafo único". Por outro lado, o Enunciado n.º 9: "Art. 62, parágrafo único: o art. 62, parágrafo único, deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações com fins lucrativos".

de desprendimento e liberalidade de pessoas que pretenderam afetar parte de seu patrimônio a finalidades pias, caritativas, assistenciais e religiosas. O direito brasileiro não mais admite fundações criadas no interesse do instituidor, de sua família ou de sua atividade econômica.⁴⁰⁰

Tanto a fundação quanto o *trust* podem perseguir fins de caridade. Contudo, os *trusts* permitem a exploração de inúmeras outras finalidades, sendo mais flexíveis que a fundação, hoje bastante enrijecida pela legislação.

No que diz respeito à finalidade caritativa, não aparenta haver maiores diferenças entre a criação de uma fundação e a instituição de um *trust* caritativo. Segundo François Barrière, há uma relação indissociável entre os *charitable trusts* anglo-americanos e as fundações públicas francesas, no entanto os regimes jurídicos desses institutos não são suficientemente distintos a ponto de justificar a introdução de *trusts* caritativos no direito francês.⁴⁰¹

A existência de fundações no direito brasileiro para se alcançar os mesmos objetivos de interesse público que os *trusts* caritativos não obsta, no entanto, a possibilidade de se recepcionar *trusts*. Como hodiernamente não é possível criar fundação para a consecução de um interesse particular, o *trust* continua a oferecer uma gama de possibilidades não alcançadas pelas fundações, tais como a preservação do patrimônio familiar, o planejamento sucessório, a proteção dos incapazes e dos capazes sob curatela⁴⁰², dentre inúmeras outras.

Sendo assim, a modalidade de *trust* caritativo demonstra que essa figura pode desempenhar fins honrosos, muito embora esteja envolta numa névoa de preconceito que o equipara *tout court* às ilicitudes.

⁴⁰⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012. p.183.

⁴⁰¹ "Les charitable trusts, malgré leurs particularités, recèlent une parenté indéniable avec les fondations reconnues d'utilité publique françaises (I). En outre, les régimes des charitable trusts ne sont pas suffisamment différents pour conclure à la nécessité d'introduire en droit français les charitable trusts alors que les fondations en font déjà partie intégrante (II)". (BARRIÈRE, François. *Charitable trusts* anglo-américains et fondations françaises: des moyens analogues de protection du patrimoine naturel ou culturel. In: CORNU, Marie; FROMAGEAU, Jérôme (Dir.). **Fondation et trust**: dans la protection du patrimoine. Paris: L'Harmattan, 1999. p.90).

⁴⁰² A proteção aos incapazes e aos capazes submetidos à curatela será examinada na Seção 5.2 da presente tese.

3.3 CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO MOMENTO DE CRIAÇÃO

Quanto ao momento de criação dos *trusts*, estes podem ser criados para produzir efeitos durante a vida do *settlor* ou após a sua morte.

Os *trusts* criados pelo *settlor* em vida para gerar efeitos vitalícios são chamados *trusts inter vivos* ou *living trusts*.⁴⁰³ Nestes casos, o próprio *settlor* pode figurar como *trustee* e/ou beneficiário, também podendo designar terceiros para ocupar tais papéis.⁴⁰⁴ É importante observar, ademais, que o *trust inter vivos* pode ultrapassar a vida do *settlor*⁴⁰⁵, contanto que seja respeitada a *rule against perpetuities*.

Por outro lado, é possível que o *settlor* decida pela criação de um *trust* em testamento ou em outro documento escrito⁴⁰⁶, visando à produção de efeitos após a sua morte. Nestes casos, denomina-se *trust* testamentário.⁴⁰⁷ É importante observar que, nesses casos, ainda que haja uma manifestação de vontade em vida pelo *settlor* pela constituição de um *trust*, este só passa a existir de fato com a morte do *settlor* e a transmissão dos bens do *trust* ao *trustee*. Desta forma, de acordo com a escada ponteana – planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos⁴⁰⁸ – muito

⁴⁰³ "o *trust* instituído em vida do *settlor* é designado como *trust inter vivos* ou *living trust*". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.67); "Os *Trusts inter vivos* ou *living trusts* são criados para gerar efeitos durante a vida do *settlor*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.59).

⁴⁰⁴ "Tais *Trusts* são usados extensamente, porque permitem que o *settlor* designe um *trustee* para fornecer uma gestão profissional do seu património, para seu próprio benefício ou de terceiros. Contudo, como vimos, poderá o *settlor* na constituição de um *Trust inter vivos* pretender ser também o *trustee*. Neste caso, o *settlor* deve definir claramente no acto constitutivo do *Trust*, a *res* que constituirá a *trust property*, seus beneficiários e os respectivos benefícios, e ainda, a sua qualidade de *trustee*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.59).

⁴⁰⁵ "o *settlor* pode constituir um *trust inter vivos*, que produz os seus efeitos já durante a sua vida e que continua a produzi-los após a sua morte". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.68).

⁴⁰⁶ "Normalmente, o *Trust testamentary* será constituído por escrito através do *trust instrument*, e à sua elaboração devem assistir duas testemunhas. Regem sobre ele, então, as disposições legais respeitantes ao testamento. Perceba-se que, caso o constituinte não observe tais condições, o *Trust* é nulo e aplicar-se-ão as regras da sucessão legal". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.59).

⁴⁰⁷ *Trust testamentary*.

⁴⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução**: pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012. t. 1. p.13-26; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.133-140.

embora exista um ato jurídico válido manifesto pelo *settlor*, cuja eficácia está condicionada à sua morte, o *trust* testamentário somente passa a existir com sua constituição.⁴⁰⁹

A utilização do *trust* testamentário parece ser uma forma mais eficaz de preservar a intenção do *settlor* mesmo após a sua morte, de modo a evitar a dilapidação do patrimônio por herdeiros inexperientes, ou a manutenção dos objetivos do *settlor* ao instituir um *trust* com finalidade caritativa.⁴¹⁰ Considerando-se a invalidade do estabelecimento de vinculação jurídica com o adquirente pelo disponente na sucessão testamentária dos sistemas da *civil law*, bem como as dificuldades de se exigir o cumprimento de condição ou encargo estipulados no legado⁴¹¹, o reconhecimento de *trusts* testamentários em sistemas jurídicos como o nosso figuraria como alternativa viável para as pessoas as quais desejam que sua vontade seja observada após a morte. Embora possa ser repreensível viabilizar meios para que pessoas falecidas possam continuar controlando as vidas de seus herdeiros e familiares⁴¹², não aparenta haver nenhuma incompatibilidade entre o reconhecimento dos *trusts* testamentários – desde que vedadas as perpétuidades – e o sistema patrimonial brasileiro.

⁴⁰⁹ Discorda-se, neste ponto, de Freire e Almeida, que afirma que "este tipo de *Trust* torna-se eficaz com a morte do *settlor*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.60). Acredita-se estar no plano da existência e não da eficácia. Em passagem posterior, a autora corrige sua posição ao afirmar que "até o óbito do *settlor*, o *Trust testamentary* ainda não foi criado, embora a vontade de criar tal *Trust* seja revogável". (p.66).

⁴¹⁰ "Em termos práticos, pois, o *Trust testamentary* se revela extremamente útil como instrumento na preservação de heranças. Como exemplo, é muito comum a instituição desse tipo de *Trust* por pessoas que temem a in experiência de seus filhos, que poderiam em pouco tempo dilapidar tudo aquilo que a família amealhou. Da mesma forma, tal *Trust* é instrumento eficaz para aqueles que tencionam a prática da caridade, mas temem que uma doação pura e simples não surta os efeitos pretendidos, afastando com isso os objetivos do doador. De sua face, o *Trust*, praticamente, afasta esse risco".(FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.60).

⁴¹¹ "O *trust inter vivos* da *common law* apresenta a vantagem de evitar todas aquelas dificuldades que surgem nos sistemas jurídicos da *civil law*. Em virtude do entendimento que se tem do testamento enquanto livremente revogável até à morte do seu autor, os sistemas jurídicos continentais não permitem ao disponente o estabelecimento de qualquer vinculação jurídica com o adquirente. Acresce que, no caso de um legado com encargo ou condição, os herdeiros têm um forte incentivo para procurar a revogação do legado por não cumprimento do encargo ou da condição. Apesar de o testador poder limitar a possibilidade de revogação, tal é passível de gerar ressentimentos e, em qualquer caso, aumenta os custos do negócio que são já significativos devido à ausência de claras e eficientes regras supletivas". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.68-69).

⁴¹² De outro lado, como contra-argumento, há que se considerar que o patrimônio foi acumulado pelo *settlor*/disponente em vida, cabendo-lhe decidir como melhor empregar suas economias, e que não há obrigação por parte de seus herdeiros de aceitar o legado ou benefício do *trust*.

3.4 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À REVOGABILIDADE DO *TRUST*

No momento de criação do *trust*, pode o *settlor* prever a sua revogabilidade.

De regra, em não havendo nenhuma disposição no documento de criação do *trust* nesse sentido, os *trusts* serão irrevogáveis⁴¹³, sendo que, nestes casos, o *trust* não pode ser alterado ou encerrado pelo *settlor* a partir de sua criação. Com isso, tratando-se de *trust* irrevogável, o *settlor* não possui mais qualquer domínio sobre os bens do *trust*, não podendo sequer alterar o *trustee* ou contribuir com a *trust property*, exceto no caso de figurar como beneficiário do *trust*.⁴¹⁴

Por outro lado, é possível que o *settlor*, no ato de constituição do *trust*, reserve a si poderes implícitos ou explícitos, dentre os quais a possibilidade de revogação do *trust*, de substituir o *trustee* ou decidir as partes que cabem a cada beneficiário. Tem-se, assim, um *trust* revogável, que pode ser a qualquer momento alterado pelo *settlor*, inclusive com a possibilidade de extinção definitiva e reintrodução dos bens do *trust* em sua esfera patrimonial pessoal, motivo pelo qual se entende que, de certa forma, permanece como proprietário resolúvel dos bens do *trust*.

É importante destacar ser o poder de revogação exclusivo do *settlor*, não podendo ser delegado a qualquer outra pessoa.⁴¹⁵ Portanto, o *trust* revogável existe

⁴¹³ "O *settlor* tem a faculdade de estabelecer a revogabilidade ou irrevogabilidade do *trust* [sic]. Deste modo, a titularidade dos bens ou direitos pode regressar à sua esfera jurídica. Podem surgir aqui *resulting trusts*. Trata-se de um efeito não natural do acto constitutivo e, na falta de estipulação expressa, o *trust* considera-se irrevogável. Com efeito, na ausência dessa declaração, muitas ordens jurídicas consideram o *trust* como irrevogável. Porém, alguns estados americanos consagram, legislativamente, a regra oposta". (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.69). A regra oposta mencionada por Vaz Tomé e Leite de Campos, vigente nos Estados Unidos, está prevista na § 602 do *Uniform Trust Code*, adotado por 32 estados americanos: "*Unless the terms of a trust expressly provide that the trust is irrevocable, the settlor may revoke or amend the trust. This subsection does not apply to a trust created under an instrument executed before the effective date of this Code*". Tradução livre: "A menos que os termos de um *trust* expressamente disponham que o *trust* é irrevogável, o *settlor* poderá revogar ou emendar o *trust*. Esta subseção não se aplica a um *trust* criado sob um instrumento concluído antes da efetiva data deste Código". (UNIFORM LAWS COMMISSION. **Uniform Trust Code**. § 602(a), 2000).

⁴¹⁴ "Essencialmente, constituindo um *Trust* revogável, o *settlor* poderá: adicionar ou retirar alguns recursos do *Trust* durante sua vida; mudar os termos e a maneira da administração do *Trust*, e, finalmente, reter o direito de transformar em *Trust* irrevogável em alguma [sic] momento futuro. [...] Já no caso do *Trust* irrevogável, o *settlor* não terá mais nenhuma capacidade contributiva em relação a *trust property*, a não ser que seja o único ou um dos beneficiários do *Trust*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.66).

⁴¹⁵ "o poder de revogação é um poder exclusivo do *settlor* e reservado somente por ele". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.66).

apenas nos *trusts inter vivos*, pois, conforme discutido no tópico anterior, nos *trusts* testamentários ainda não houve a criação de fato do *trust*, apenas a existência de um ato de vontade do *settlor* que não produz efeitos até a sua morte. Tratando-se, assim, de manifestação de vontade de eficácia contida, o ato do *settlor* que manifesta a vontade de criar o *trust* pode ser revogado até a sua morte. Após a sua morte, com a constituição do *trust* e a transmissão dos bens ao *trustee*, não é mais permitida a revogação.⁴¹⁶

Em havendo a recepção dos *trusts* ao direito brasileiro, é importante observar – caso seja adotado o modelo italiano de reconhecimento dos *trusts* "internos" constituídos com base em lei estrangeira – o que dispõe a lei de regência do *trust* a respeito da revogabilidade. Por outro lado, em caso de criação de uma lei brasileira sobre *trusts*, será necessário estipular qual a regra geral: *trusts* revogáveis ou *trusts* irrevogáveis? A primeira solução, adotada pelo Código Uniforme sobre *Trusts* nos Estados Unidos da América, aparenta ser a solução mais adequada, pois permite como regra a retenção de domínio do *settlor* sobre os bens do *trust*, realidade esta mais tangível à nossa compreensão limitada do funcionamento dos *trusts* em seu nascedouro.

3.5 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À LIBERALIDADE DO TRUSTEE

Também no ato de constituição do *trust* é possível que o *settlor* reserve ao *trustee* o poder de definir os beneficiários do *trust*, ou as quotas que lhes competem.

No caso dos *trusts* discricionários⁴¹⁷, há uma margem de liberdades dada ao *trustee*, que poderá estabelecer a forma de distribuir os bens do *trust* ou a renda deles proveniente, de modo a escolher quem será o beneficiário e qual a parcela da renda ou do capital será destinada em favor de cada beneficiário.⁴¹⁸ Esta modalidade de *trust* é bastante útil quando o *settlor* constitui um *trust* em favor de seus filhos

⁴¹⁶ "a distinção entre revogável e irrevogável existe somente para o *Trust inter vivos*. Isso ocorre porque, até o óbito do *settlor*, o *Trust testamentary* ainda não foi criado, embora a vontade de criar tal *Trust* seja revogável. Após a morte do *settlor* e a consequente criação do *Trust*, não há nenhuma pessoa que possa revogar o *Trust*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.66).

⁴¹⁷ *Discretionary Trusts*.

⁴¹⁸ "em um *Discretionary Trust*, nenhum beneficiário específico é designado pelo *settlor*. Da mesma forma, os beneficiários não são nomeados a nenhum benefício, inclusive a qualquer direito que baste para sua sustentação. Dessa forma, o *settlor* designa o *trustee* para definir o beneficiário. Ainda, o *trustee* na sua discricção, decide exactamente o quanto, se algum, da renda, capital ou ambos, será usado para o benefício dos beneficiários". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptore. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.67).

menores, deixando o ajuste de parcelas previamente constituídas à discricionariedade do *trustee*, recomendando-se que haja alguma supervisão sobre o exercício de sua discricionariedade por algum membro da família, por exemplo.⁴¹⁹ É possível, assim, a adaptação da distribuição do *trust* para melhor atender alterações circunstanciais supervenientes à constituição do *trust*, como alguma doença ou deficiência. Há, evidentemente, limites ao exercício da discricionariedade pelo *trustee*, não sendo possível extrapolar os parâmetros de constituição definidos nos termos de criação do *trust*.⁴²⁰ É possível, no entanto, a exclusão de determinados beneficiários, que podem vir a não receber parte alguma do fundo de *trust*. Assim, até o exercício de liberalidade por parte do *trustee* nos *trusts* discricionários, não há direito dos indivíduos nomeados como beneficiários ao benefício, apenas uma expectativa de direito de figurar como beneficiário.⁴²¹

Por outro lado, o *settlor* pode, no ato de constituição do *trust*, estabelecer uma parcela determinada que compete a cada beneficiário. Tem-se assim um *trust* fixo⁴²², que somente pode ser alterado pelo *settlor* caso seja também um *trust* revogável. No *trust* fixo existem diversas formas de predeterminar a divisão dos bens do *trust*, sendo possível, por exemplo, estabelecer um ou mais beneficiários como destinatários de renda dos bens do *trust* e outro ou mais beneficiários como titulares dos bens do *trust* em um momento futuro.⁴²³

Esta classificação reveste-se de grande importância ao esclarecer o grau de precisão exigido para a constituição de um *trust*. *Settlors* mais controladores poderão exercer sua discricionariedade plena de modo a constituir *trusts* bastante detalhados,

⁴¹⁹ FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptor. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.67-68.

⁴²⁰ FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptor. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.68.

⁴²¹ "Nesse contexto, em um *Discretionary Trust* nenhum indivíduo que está na classe de possíveis beneficiários, isto é, entre os quais o *trustee* pode exercer sua discricionariedade, tem direito 'individual' na *trust property*. Assim ocorre, até o momento em que o *trustee* realmente exerce sua discricionariedade e declare que 'tal' parte ou quantidade irão para aquele indivíduo. Os possíveis beneficiários apenas têm uma expectativa em receber algum benefício do *Trust*". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptor. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.68).

⁴²² *Fixed Trust* ou *Mandatory Trust*.

⁴²³ "Logo, os direitos equitativos dos beneficiários encontram-se predefinidos no acto constitutivo do *Trust*. Dessa forma parte da *trust property* que o beneficiário receberá é definida previamente no *trust instrument*. Entretanto, isto não significa que o beneficiário receberá um actual valor pecuniário. Por exemplo, um beneficiário pode ter sido designado para a renda da *trust property* enquanto que um outro beneficiário é designado para o capital (*legal title*) em um momento futuro. O segundo beneficiário sabe que tem um direito sobre a *trust property*, porém não é um direito actual". (FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptor. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009. p.69).

deixando ao *trustee* apenas os poderes de administração do fundo de *trust*. Em outros casos, pode ser prudente prever a possibilidade de adaptação dos termos de distribuição dos bens e rendas entre os beneficiários, podendo o *settlor* estabelecer maior ou menor margem de discricionariedade ao *trustee*, dando-lhe parâmetros mais ou menos detalhados, conforme os interesses a serem preservados pelo *trust*.

Em havendo a recepção dos *trusts* ao direito brasileiro, entende-se ser possível a criação tanto de *trusts* fixos quanto discricionários.

3.6 A PROFUSÃO DAS MODALIDADES DE TRUSTS

Foram apresentadas neste tópico as classificações dos *trusts* que se mostram de maior relevância em seus sistemas jurídicos de origem, e que apresentam alguma importância para o estudo e compreensão dos *trusts* no Brasil. Há, evidentemente, outras classificações⁴²⁴, que todavia não são fundamentais para a compreensão do instituto.

Ademais, vê-se a possibilidade de inúmeras combinações entre as modalidades de *trusts* definidas pelos critérios de classificação, o que mais uma vez ressalta a pluralidade do instituto e a complexidade das realidades jurídicas permitidas. Em se tratando o *trust* sobretudo de um remédio instituído sob a *equity*, é natural que não haja apenas uma maneira de se constituir um *trust*, com apenas um feixe estreito de propósitos. É, sem dúvida, uma das figuras de maior diversidade fática, podendo ser utilizado para dar guarida a um sem número de propósitos estipulados pelo *settlor* e sob as mais diversas formas.

⁴²⁴ Vaz Tomé e Leite de Campos, por exemplo, nomeiam *trusts* legais e ilegais, *trusts* ativos e passivos, *spendthrift trusts*, *trusts* protetivos, *trusts* mistos, *trusts* securitários, *trusts* unitários, *trusts* constituídos com base nos casos *Totten* e *Farkas v. Williams* e *trusts* familiares (CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999. p.67-94).

CAPÍTULO IV

A SINGULARIDADE DOS *TRUSTS* E SEU COTEJO COM INSTITUTOS ASSEMELHADOS

Encontram-se no ordenamento jurídico brasileiro alguns institutos que apresentam semelhanças com os *trusts*. Contudo, defende-se nessa tese que nenhum deles se identifica perfeitamente com a figura objeto do presente estudo. A simetria entre esses institutos ocorre ora em relação à estrutura, ora em relação à função e produção de efeitos.

Dentre as inúmeras comparações que poderiam ser realizadas, optou-se por empreender um recorte que captasse tanto figuras clássicas do direito civil, tais como a enfiteuse e o fideicomisso, quando alguns institutos contemporâneos, como o patrimônio de afetação. São examinadas, ainda, modalidades empresariais que têm sido confundidas com a característica de afetação patrimonial que também existe no *trust*. Por fim, optou-se por brevemente examinar os dois projetos de Código Comercial que atualmente tramitam em nosso país. Especialmente em relação ao PL n.º 1.572/2011, destaca-se o "contrato fiduciário", o qual apresenta diversas correspondências com o *trust*.

4.1 ENFITEUSE E *TRUST*

Em certa medida, o *trust* apresenta aspectos similares ao instituto da enfiteuse. Para mostrar tais pontos de contato, primeiramente serão expostos o conceito e brevemente a evolução histórica do instituto, o tratamento conferido à enfiteuse no direito brasileiro e, por fim, as similitudes e disparidades com o *trust*.

Por enfiteuse, entende-se "o direito real limitado que confere a alguém, perpetuamente, os poderes inerentes ao domínio, com a obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual".⁴²⁵ É igualmente conhecida como aforamento, aprazamento⁴²⁶, emprazamento ou prazos⁴²⁷.

⁴²⁵ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19.ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.299.

⁴²⁶ AMORIM, Edgar Carlos de. **Teoria e prática da enfiteuse**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.1.

⁴²⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19.ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.299. Miguel Maria de Serpa Lopes sustenta existirem diferenças históricas entre os termos acima citados, mas conclui que o Código Civil de 1916 abordou-os como sinônimos: "Enquanto a palavra *enfiteuse* recorda simplesmente o berço da instituição, evocando reminiscências do mundo greco-romano, a divisão do Império e a triste supremacia de Bizâncio sobre a velha Roma de tradições republicanas, a palavra *aforamento*, como 'fôro', 'foreiro',

A enfiteuse abrange dois sujeitos: o senhorio e o enfiteuta, os quais podem ser tanto pessoas físicas quanto jurídicas.⁴²⁸ Cabe ao senhorio instituir a enfiteuse em favor de um enfiteuta, o qual lhe pagará uma renda anual módica chamada "foro". O senhorio permanecerá proprietário do bem, ao passo que o enfiteuta será titular dos poderes inerentes ao domínio, quais sejam os de usar, fruir e dispor. Diferentemente do que ocorre nas servidões, a enfiteuse deve ser atribuída a pessoa determinada, não sendo nunca direito subjetivamente real.⁴²⁹

Segundo José Carlos Moreira Alves, a origem da enfiteuse é complexa e incerta. Afirmo o autor que "as fontes que possuímos a respeito não nos indicam, de modo seguro, como é que a enfiteuse se originou e evoluiu até o direito justinianeu".⁴³⁰ Ainda que parem dúvidas sobre a origem da enfiteuse, sua gênese é identificada com os arrendamentos de terras não cultivadas na Grécia, tendo supostamente sido aplicada mais tarde no Egito e no Império Romano.⁴³¹

Conforme esclarece Mário Júlio Brito de Almeida Costa, sob o *nomen generale* de enfiteuse, incluem-se diferentes tipos de arranjos oriundos de exigências particulares de cada localidade, com o traço comum de transferência pelo proprietário concedente

em contraposição a 'jogueiro', 'reguengo' e outras palavras antigas indicativas de relações análogas, como o 'encomunha', 'engeiras' etc., transporta-nos a época medieval, com os seus barões revoltados reclamando como concelhos e as corporações seus direitos e isenções a mão armada. A palavra genuinamente portuguesa é historicamente *aforamento*. A palavra *enfiteuse* decorreu da influência do Direito romano, constituindo uma verdadeira corruptela, sendo que, no Direito romano, assinalou uma época de decadência e de miséria, campos desertos, agricultura paralisada, latifúndios contrastando com a sua extensão o estado de abandono e desolação em que eram deixados. De qualquer modo, o Código Civil tornou sinônimas de um só instituto, a enfiteuse, o aforamento ou emprazamento [...]". (SERPA LOPES, Miguel Maria de. **A enfiteuse**: sua natureza jurídica e seu futuro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p.19) . É precisamente o art. 678 do Código Civil de 1916 que dispõe nesse sentido: "Dá-se a enfiteuse, aforamento, ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui à outro o domínio útil do imóvel, pagando a pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro, anual, certo e invariável".

⁴²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das coisas**: direitos reais limitados. Enfiteuse. Servidões. Atualizado por Nelson Nery Júnior e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012. t. 18. p.145.

⁴²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das coisas**: direitos reais limitados. Enfiteuse. Servidões. Atualizado por Nelson Nery Júnior e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012. t. 18. p.145.

⁴³⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.355.

⁴³¹ O vocábulo *enfiteuse*, do verbo grego *emphytêuin*, plantar, cultivar, que por sua vez deriva de *phytéo*, de raiz *phyt*, plantar, designa um importante instituto jurídico do mundo grego, que lança suas origens no regime fundiário do Egito e de Cartago, adotado no mundo romano pela *Lex Marciana*, em fins da República, e aperfeiçoamento, mais tarde, pela *Lex Hadriana*, que disciplinara, em especial, as concessões de terras incultivadas, na África do Norte. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 10.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p.227). "Enfiteuse" seria a forma aportuguesada de uma palavra de origem grega derivada de "plantar", com sentido de cultivo, em grego, "phyteises, phyteos". No verbo, encontra-se o radical "phyt", que designa "arbusto, planta", etc.

ao concessionário "dum sólido poder sobre a terra".⁴³² Desse modo, aponta-se que a enfiteuse romana possuía a característica de ser direito real sobre coisa alheia, havendo ao enfiteuta apenas a transmissão dos poderes inerentes ao domínio.⁴³³ Na Idade Média o instituto se modificou e passou a propiciar o fracionamento do domínio em direito, que correspondia ao senhorio, e útil, atribuído ao enfiteuta.⁴³⁴

No Brasil, a enfiteuse já era prevista nas Ordenações, porém de modo assistemático.⁴³⁵ Foi contemplada nos artigos de 678 a 694 do Código Civil de 1916. Com o passar dos anos, a enfiteuse perdeu prestígio. O Projeto Orlando Gomes já previa sua exclusão.⁴³⁶ Essa também foi a posição do Projeto de Código Civil que deu origem ao Código Civil de 2002. No dizer de Luiz Edson Fachin, "É um direito real a caminho de desfalecer".⁴³⁷

No anteprojeto elaborado por Orlando Gomes, apresentado ao Ministro da Justiça em março de 1963, havia a proibição expressa de se constituir novas enfiteuses (art. 516), de se cobrar laudêmio e de se criarem sub-enfiteuses nas já existentes (art. 517, I e II).⁴³⁸ Percebe-se a intenção de expurgar do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da enfiteuse, intento só alcançado com o Código Civil de 2002.

A Constituição Federal de 1988 tratou da enfiteuse em seu art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁴³⁹ Nesse artigo, limitou-se a determinar

⁴³² COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. **Origem da enfiteuse no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1957. p.162.

⁴³³ "Segundo parece, a enfiteuse do direito justineaneu – que, como vimos atrás, é direito real sobre coisa alheia – decorreu da fusão de duas espécies de arrendamento: o dos *agri uectigales* (arrendamento de origem romana) e o decorrente da concessão do *ius emphyteuticum* e do *ius perpetuum* (arrendamentos originários da parte oriental do Império Romano)". (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.355).

⁴³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.353.

⁴³⁵ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19.ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.300.

⁴³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Enfiteuse: instituto em extinção. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n.21, p.45, abr./jul. 1998.

⁴³⁷ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19.ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.300.

⁴³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Enfiteuse: instituto em extinção. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n.21, p.45, abr./jul. 1998.

⁴³⁹ Art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: "A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. § 1.º Quando não existir cláusula contratual, serão adotados os critérios e bases hoje vigentes na legislação especial dos imóveis da União. § 2.º Os direitos dos atuais ocupantes inscritos ficam assegurados pela aplicação de outra modalidade de contrato. § 3.º A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima. § 4.º Remido o foro, o antigo titular do domínio direto deverá, no prazo de noventa dias, sob pena de responsabilidade, confiar à guarda do registro de imóveis competente toda a documentação a ele relativa".

que a lei disporá sobre a enfiteuse, não fornecendo aprofundamentos sobre o instituto. Esse silêncio parcial da Constituição Federal de 1988 é criticado por Paulo Henrique da Fonseca. Para o referido autor, a enfiteuse desempenha importante função social. Não obstante, estaria em processo de extinção do ordenamento jurídico brasileiro sem que fossem previstas regras de transição:

O instituto em processo de acelerada caducidade decretada pela Lei Maior, ADCT, art. 49 e Código Civil de 2002. Trata-se de uma raríssima situação em que um instituto jurídico é condenado à morte sem que sejam previstas formas de operar a transição de modo positivo para um novo status quo, ainda mais quando sua finalidade (edificar e plantar) diz respeito às funções sociais que a propriedade deve desempenhar. Mas os instrumentos documentais próprios da enfiteuse, como o Contrato, a escritura particular e as anotações de pagamento de foros e laudêmios, continuam sendo utilizados como a única forma de registro acessível a muitas famílias em vastas regiões do Brasil, mormente as mais pobres.⁴⁴⁰

O Código Civil de 2002, por sua vez, não previu a enfiteuse dentre os direitos reais na coisa alheia. Limitou-se a tratar desse instituto em seu art. 2.028 do livro complementar, das disposições finais e transitórias.⁴⁴¹ Por meio desse dispositivo, foi proibida a criação de novas enfiteuses e subenfiteuses. Além disso, como o atual Código não trata dessa figura, as enfiteuses existentes são reguladas pelo Código Civil de 1916. Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão, a "hipótese é de *ultratividade*, 'em que uma lei revogada continua a produzir efeitos após sua revogação'".⁴⁴² Segundo os autores, "essa *ultratividade* visa à proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5.º, inc. XXXVI, da CF/1988".⁴⁴³ Os autores, ainda, mencionam um lapso presente no atual Código Civil. Referem-se ao art. 1.266, que

⁴⁴⁰ FONSECA, Paulo Henrique da. A enfiteuse e função social do solo urbano: a regularização local e popular. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2008. Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.1738.

⁴⁴¹ Art. 2.038 do Código Civil de 2002: "Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1.º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I – cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II – constituir subenfiteuse".

⁴⁴² TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v.4. p.411-412.

⁴⁴³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v.4. p.411-412.

trata do achado do tesouro em terreno objeto de enfiteuse, o qual transparece um descuido do legislador.⁴⁴⁴

Dentre as críticas que são direcionadas à enfiteuse estão as de que ela acarretaria um "ganho ocioso" ao senhorio pelo fato de o foreiro ter de lhe pagar a cada alienação onerosa o laudêmio "que é calculado não só sobre o valor desse terreno já melhorado pelas benfeitorias e acessões nele realizadas pelo enfiteuta, como também sobre o valor destas, situação essa que se perpetua".⁴⁴⁵ Para Álvaro Villaça de Azevedo, a extinção da enfiteuse é oportuna e ela é perfeitamente substituída pelo arrendamento.⁴⁴⁶ Outro instituto apontado como um sucessor aprimorado da enfiteuse é o direito real de superfície, introduzido no art. 1.369 e seguintes do Código Civil.⁴⁴⁷

Em sentido contrário, Paulo Henrique da Fonseca defende que, mesmo nos dias atuais, a enfiteuse desempenha importante papel, inclusive auxiliando na promoção da função social do solo urbano⁴⁴⁸, pois proporciona "a perpetuidade e permanência do direito real, que se coaduna com a natureza e finalidade do direito à moradia e ocupação do solo, a modicidade dos foros, em geral de valores irrisórios e a gestão local e consensual do instituto".⁴⁴⁹

Apesar de ser um direito real pouco prestigiado atualmente e tendente a desaparecer⁴⁵⁰, a enfiteuse desempenha ainda hoje um papel relevante do ponto de vista da dogmática das titularidades. A existência de diferentes modalidades de enfiteuse,

⁴⁴⁴ Art. 1.266 do Código Civil de 2002: "Achando-se em terreno aforado, o tesouro será dividido por igual entre o descobridor e o enfiteuta, ou será deste por inteiro quando ele mesmo seja o descobridor".

⁴⁴⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014. p.158.

⁴⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014. p.158.

⁴⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014. p.157.

⁴⁴⁸ FONSECA, Paulo Henrique da. **Além do feudo e do burgo**: a enfiteuse como instituto mutante, suas possibilidades e limites. 258 f. Tese (Doutorado em Teoria e dogmática do Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. p.210.

⁴⁴⁹ FONSECA, Paulo Henrique da. A enfiteuse e função social do solo urbano: a regularização local e popular. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2008. Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p.1726. Não obstante seja um trabalho bastante original, discorda-se parcialmente dessa afirmação. Entende-se que a função social da propriedade se desenvolveu em meados do século XX. Como acima visto, a enfiteuse – nos limites das fontes históricas existentes sobre o tema – remonta à Antiguidade Clássica, de modo que não se crê ser adequado afirmar que desde esse período a enfiteuse exercia função social.

⁴⁵⁰ Veja-se a contundente opinião de Flávio Tartuce: "Diante do novo tratamento do Código Civil de 2002, não há mais razão em se estudar a enfiteuse nos programas de Direito Civil, seja na graduação ou na pós-graduação. Em provas e concursos públicos, o tema sequer consta na grande maioria dos editais. Quanto à aplicação prática para o Direito Civil, essa é quase inexistente". (TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das coisas. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v.4. p.414).

conforme o período histórico, ensejou importante debate acerca da possibilidade de divisão do domínio em útil e direto no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme aduz Pontes de Miranda, em que pesem os arts. de 678 a 694 do Código Beviláqua utilizarem as expressões "domínio útil" e "domínio direto", essas locuções seriam apenas retóricas⁴⁵¹, não querendo significar que existiria de fato desmembramento da propriedade:

A enfiteuse é, no sistema jurídico brasileiro, o direito real limitado de maior conteúdo; não é outro domínio. As expressões 'domínio direito' e 'domínio útil' são reminiscências só verbais, que não correspondem à natureza do direito real de enfiteuse. A extensão do conteúdo da enfiteuse, como dos arrendamentos perpétuos de *ager vectigalis*, tinha de preocupar os juristas, ainda mesmo antes do contacto do direito romano com o feudalismo germânico [...].⁴⁵²

Infere-se, portanto, que o termo "enfiteuse" passou a expressar diferentes significados conforme o transcorrer de seu percurso histórico.

Conforme o entendimento de Pontes de Miranda acima exposto, o ordenamento jurídico brasileiro previu a enfiteuse com características mais assemelhadas à sua versão romana.⁴⁵³ Todavia, por influência do jurista Francisco de Paula Lacerda de Almeida⁴⁵⁴, que alterou a versão original do Projeto de Código Civil de Clóvis

⁴⁵¹ Em sentido contrário: "a enfiteuse [...] representa exceção a tal princípio de indivisibilidade do direito de propriedade se bem considerada sua essência". (SALOMÃO NETO, Eduardo. **O Trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996. p.80).

⁴⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das coisas**: direitos reais limitados. Enfiteuse. Servidões. Atualizado por Nelson Nery Júnior e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012. t. 18. p.143.

⁴⁵³ Em sua clássica obra sobre direitos reais, Orlando Gomes primeiramente afirma que o Brasil não adotou a enfiteuse com características medievais. Contudo, mais além, mais ainda na mesma obra, declara que na enfiteuse haveria desmembramento da propriedade, que é justamente a característica fundamental da enfiteuse medieval. Não obstante os méritos do autor, entende-se haver nesse ponto da obra uma contradição no enfrentamento da enfiteuse. "Entre nós, a enfiteuse teve aplicação sem os desvirtuamentos do Direito medieval. Duas razões principais explicam o fato. A primeira é que não foi objeto de regulamentação sistemática nas Ordenações, vigendo, em consequência, costumes que não se transplantaram para o país. A segunda reside nas condições particulares do Brasil, país de grande extensão territorial e exígua população. Chamada a desempenhar a função econômica para a qual fora instituída, acolheu-a afinal o Código Civil, em termos que a aproximam da figura delineada no Direito Romano". (GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19.ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.302). "Do ponto de vista estritamente jurídico, a enfiteuse é um instituto que se opõe ao conceito unitário da propriedade, restaurado pelo Direito moderno; porquanto, embora regulada como direito real na coisa alheia, confere a seu titular poderes tão amplos que, em verdade, pode ele considerar-se verdadeiro dono do imóvel. Responde, com efeito, a um sistema econômico ultrapassado, conservando a figura de um domínio eminente superposto a uma propriedade de fato, que não se compadece com a estrutura atual do direito de propriedade". (p.304).

⁴⁵⁴ "Por essa razão a enfiteuse – que perdeu com isso a denominação de origem romana – tomou em nosso direito sob a influência das ideias medievais o nome de emprazamento ou aforamento e vem assim a ser o contrato pelo qual o senhor de um prédio concede a outro o domínio útil dele com a reserva do domínio direto". (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Direito das cousas**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908. p.418).

Beviláqua⁴⁵⁵, o instituto da subenfiteuse contemplaria a divisão em domínio útil e domínio direto conforme a versão medieval dessa figura.⁴⁵⁶ Segundo Pontes de Miranda, "certo é que a subenfiteuse vem do Projeto revisto, art. 825, precisamente de emenda da Comissão revisora, de que era membro Lacerda de Almeida e por ele sugerida".⁴⁵⁷ Para o referido autor, a opção de Lacerda de Almeida teria sido motivada por fatores religiosos e representaria um retrocesso ao direito civil:

A intervenção das convicções religiosas – sendo religião o processo adaptativo dotado de maior efeito de estabilização – tem, no direito, às vezes, consequências de recuo no tempo: um simples dispositivo legal, que devera obedecer a sugestões jurídicas ou políticas, e não a sugestões religiosas, puxou o direito civil para aquém do século XVI.⁴⁵⁸

Não obstante tais críticas, fato é que a subenfiteuse é prevista no direito civil brasileiro e ampara o duplo domínio. Tendo em vista que até os presentes dias encontram-se produzindo efeitos subenfiteuses constituídas antes da entrada em vigência do Código Civil de 2002, é possível afirmar que há no ordenamento jurídico brasileiro subdivisão entre domínio útil e domínio direto.

Desse modo, discorda-se do argumento de que a cisão do domínio em útil e direto seria impossível e incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro pelo fato de ele pertencer à *civil law*, cujo modelo é o da propriedade una, absoluta e indivisível. A diferença entre domínio útil e domínio direto é uma realidade em nosso país, ainda que restrita à subenfiteuse.

⁴⁵⁵ "A construção que resulta da nova lei, cujo art. 694 não provém do projeto Clóvis Beviláqua, que expressamente proibia a subenfiteuse (art. 797), aberrava da evolução e da tradição do direito brasileiro. Da tradição, porque cria dois graus de domínio útil (o do enfiteuta, o do subenfiteuta), como que a refeudalizava, no século XX, a propriedade, e contra as lições da grande maioria dos praxistas dos séculos XVI e XVII, de pascoal José de Mello Freire e de Lafayette Rodrigues Pereira. Da evolução, porque, em vez de precisar as linhas construtivas do instituto, e tornar mais livre o direito de propriedade, faz nascer no subenfiteuta novo *direito real*, que coexiste com o domínio útil do enfiteuta e o direito do senhorio". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.200).

⁴⁵⁶ "Somente Lacerda de Almeida, medievalizador católico do direito, irá, em 1908, ao extremo de construir a subenfiteuse como direito real de segundo grau; e tal influência religiosa levaria o Código Civil a este recuo de tantos séculos". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.204).

⁴⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.201.

⁴⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p.201.

Nessa linha, é possível traçar pontos de aproximação entre a enfiteuse e o *trust*. Ambos se desenvolveram a partir da utilização de terras incultas por pessoas não proprietárias. A enfiteuse, como visto, pode ser identificada com origem na Antiguidade Clássica⁴⁵⁹, ao passo que o *trust* se desenvolveu na Inglaterra medieval pós-conquista normanda.⁴⁶⁰

O ponto de contato mais estreito pode ser identificado entre o *trust* medieval e a subenfiteuse pelo fato de que em ambos ocorre a divisão entre domínio útil e domínio nudo. Nesse ponto, interessante notar que, apesar de os autores dizerem que o *trust* não se coaduna com o sistema de direitos reais do Brasil pelo fato de sermos partidários de uma concepção unitária de propriedade, própria da Modernidade⁴⁶¹, a previsão no art. 1.016 do Código Civil de 1916 da subenfiteuse abre caminho para se pensar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já contempla essa situação. Tendo em vista a ultratividade do referido dispositivo do Código Beviláqua, até os presentes dias há subenfiteuses em plena vigência e, portanto, hipótese de duplo domínio no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 FIDEICOMISSO E *TRUST*

Por "fideicomisso" entende-se a determinação realizada via testamento de transmissão de herança ou legado em favor de um fiduciário para que, ocorrendo a morte do fideicomitente ou ocorrendo determinado termo ou condição, os bens em

⁴⁵⁹ Apesar da origem da enfiteuse ser identificada na Antiguidade clássica, é certo que esse instituto passou por diversas modificações ao longo dos séculos. Desse modo, não se pretende afirmar que a enfiteuse da atualidade é decorrência direta da enfiteuse romana. Parte-se da premissa de que a história do Direito não deve ser empregada como discurso legitimador. Nesse sentido, FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. p.5; GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.35; HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p.25-26.

⁴⁶⁰ MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law: Two Courses of Lectures**. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910. p.23 segs.

⁴⁶¹ Essa é a opinião expressada por Judith Martins-Costa: "Tais condições, à falta das quais não existirá *trust* se mostram antinômicas à parcela essencial do sistema romanístico, onde, a par do princípio da unicidade do domínio é inadmitida a incidência do Direito subjetivo de forma a separar a pretensão e o direito de ação do Direito subjetivo para serem outorgados a terceiros, que os exerceriam em nome próprio, questão que teria importantes reflexos no direito de sequência a ser eventualmente exercido sobre os bens postos em *trust*, de modo a se poder concluir pela inadmissibilidade da acolhida pura e simples, na órbita desses sistemas, da instituição do *trust*". (MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.657, p.44, jul. 1990).

questão sejam transmitidos em caráter definitivo a um terceiro, o fideicomissário.⁴⁶² Participam do fideicomisso três espécies de sujeitos: em primeiro lugar, o fideicomitente, que é o testador que decide instituir o fideicomisso; em segundo lugar, há o fiduciário, que, no momento da morte do fideicomitente, receberá em caráter resolúvel os bens objeto do fideicomisso e, em terceiro lugar, tem-se o fideicomissário, que será o titular em caráter permanente dos bens. O fideicomisso pode ser universal, recaindo sobre todos os bens deixados em herança, ou particular, incidindo apenas sobre bens determinados.

Para que haja fideicomisso, portanto, é necessário que haja ao mesmo tempo a instituição de dupla disposição testamentária, sendo a primeira em favor do fiduciário e a segunda em prol do fideicomissário, bem como a obrigação do fiduciário em conservar e transmitir os bens posteriormente ao fideicomissário quando ocorrer a condição ou termo convencionado pelo fideicomitente.⁴⁶³

Consoante afirmou Pontes de Miranda, o fideicomisso não configura verdadeira substituição testamentária, mas sim uma sucessão, pois o fiduciário não é simplesmente trocado pelo fideicomitente.⁴⁶⁴ Na situação ideal prevista em testamento pelo fideicomitente, o fideicomissário vai pospor-se ao fiduciário.⁴⁶⁵ Logo, nessa matéria, entende-se ter havido equívoco do legislador em qualificar o fideicomisso como espécie

⁴⁶² Artigo 1.951 do Código Civil: "Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário".

⁴⁶³ RÃO, Vicente; BARRETO, Plínio. Fideicomisso inexistência: cláusula testamentária determinando que a herança dos filhos, por sua morte, passe aos seus legítimos herdeiros – mera vinculação de bens, como tal tendo sido considerado no inventário do testador e de herdeiros seus posteriormente falecidos – reconhecimento daquele instituto que implicaria na modificação de atos judiciais perfeitos e acabados, com desrespeito a coisa julgada formal – atinência necessária do intérprete a vontade do testador – aplicação do artigo 1.666 do Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.186, p.28, jul. 1950.

⁴⁶⁴ "Num só capítulo, o Código Civil [de 1916] juntou dois institutos de natureza diversa, e só semelhantes na aparência: a substituição *vulgar* e o fideicomisso. Naquela há, realmente, uma *substituição* – uma pessoa fica no lugar que tocava a outra; nesse, não: uma foi, ou é, até certo tempo, ou até certo fato, e depois outra lhe sucede na herança. Não a *substitui*, vem-lhe *depois*. Os juristas constroem-na como instituição condicional; sem que isso lhe obste poder ser ela mesma condicional nos casos em que o pode ser a instituição do herdeiro ou legatário". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das sucessões**: sucessão testamentária, disposições testamentárias e formas ordinárias de tertamento. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: RT, 2012. v.58. p.145).

⁴⁶⁵ Impende esclarecer que os bens objeto de fideicomisso e o direito do fideicomissário são excluídos da regra geral de comunicação dos bens no regime da comunhão universal. Conforme art. 1.668 do Código Civil: "São excluídos da comunhão: II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva".

de substituição. A substituição vulgar ou pura efetivamente caracteriza uma permuta de herdeiro ou legatário, pois é a situação na qual o testador insere cláusula indicando quem deve receber os bens caso o primeiro indicado não queira ou não possa aceitar a herança ou o legado.⁴⁶⁶ Frise-se que nessa hipótese apenas um deles receberá os bens, ao contrário do fideicomisso, no qual primeiramente os bens ficarão com o fiduciário, como propriedade resolúvel⁴⁶⁷, e posteriormente e em caráter definitivo com o fideicomissário. Inclusive, caso o fideicomissário aceite a herança ou o legado, terá direito à parte que for acrescida aos bens em propriedade resolúvel do fiduciário.⁴⁶⁸

O tema encontra-se atualmente regulado nos artigos 1.951 – 1.960 do Código Civil, situado no mesmo capítulo, mas em seção diversa das substituições vulgar e recíproca, ao contrário do que ocorria no Código Civil de 1916. Diferentemente, ainda, do que previa o Código Beviláqua, a atual codificação civil restringiu demasiadamente as hipóteses de estipulação de fideicomisso. O art. 1.952 do Código Civil reduz a utilização da substituição fideicomissária apenas em benefício "dos não concebidos ao tempo da morte do testador".⁴⁶⁹ Logo, a princípio limita-se a aplicação do fideicomisso em proveito da prole eventual, a qual recebeu capacidade testamentária passiva, conforme art. 1.799, I do Código Civil.⁴⁷⁰ Entretanto, o art. 1.800, § 4.º, do Código Civil, estabelece prazo de dois anos após a abertura da sucessão para haver a concepção do herdeiro.⁴⁷¹

Nesse ponto nota-se mudança em relação ao Código Civil de 1916. O Código Beviláqua previa a possibilidade de a prole eventual herdar via testamento, desde que expressamente determinado pelo testador e que, quando do falecimento desse,

⁴⁶⁶ Art. 1.947 do Código Civil: "O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado, presumindo-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira".

⁴⁶⁷ Art. 1.953 do Código Civil: "O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel".

⁴⁶⁸ Art. 1.956 do Código Civil: "Se o fideicomissário aceitar a herança ou o legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo crescer".

⁴⁶⁹ Art. 1.952 do Código Civil: "A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador".

⁴⁷⁰ Art. 1.799 do Código Civil: "Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão".

⁴⁷¹ Art. 1.800, § 4.º, do Código Civil: "Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos".

a prole eventual fosse existente.⁴⁷² No Código Civil de 2002, ao contrário, não é necessário estar concebido ou nascido no momento da morte do testador. Exige-se apenas que em até dois anos contados da abertura da sucessão tenha havido a concepção.

Uma questão polêmica que se relaciona com o tema do fideicomisso é a possibilidade de o fideicomissário ser concebido por meio de fertilização artificial *post mortem*.⁴⁷³ No atual estágio da doutrina e da jurisprudência⁴⁷⁴, para que seja possível a utilização de material genético criopreservado do marido, são necessários prévia autorização por escrito e o *status* de viúva.⁴⁷⁵

O parágrafo único do art. 1.952 do Código Civil dispõe que, se no momento em que ocorrer a morte do testador, o fideicomissário já tiver nascido, tornar-se-á

⁴⁷² "A expressão 'mesmo que falecido o marido' tem dado margem a inúmeros debates e discussões. O permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada. Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da **autonomia da vontade** condiciona a utilização do material genético. Sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. Deste modo, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança". (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.401).

⁴⁷³ Sobre o tema, Giselda Hironaka e Paulo Lôbo – ao tecerem atualizações ao Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda – entendem que o embrião pré-implantatário pode herdar de modo legítimo em caso de fertilização homóloga e testamentariamente em caso de fertilização heteróloga. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das sucessões**: sucessão testamentária, disposições testamentárias e formas ordinárias de testamento. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: RT, 2012. v.58. p.181).

⁴⁷⁴ "DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do *de cujus* para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. 'No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo' (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovido. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.º 874.047. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues. Brasília, 25 maio 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 jun. 2015).

⁴⁷⁵ Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte".

proprietário dos bens instituídos em fideicomisso. O fiduciário, por sua vez, será usufrutuário de tais bens.⁴⁷⁶

Importante diferenciar o fideicomisso do usufruto. Esse tema já foi objeto de intenso debate, captado por Haroldo Valladão na obra *Enfim... Fideicomisso!*, na qual é examinado um caso judicial em que a controvérsia jurídica era a elucidação de se determinada cláusula testamentária instituíra usufruto ou fideicomisso. A resolução contou com pareceres de Alfredo Bernardes, Clovis Beviláqua, Hahnemann Guimarães, Orozimbo Nonato e Carlos Maximiliano, prevalecendo a interpretação em favor da ocorrência de fideicomisso. Acerca das diferenças entre o fideicomisso e o usufruto, suas naturezas jurídicas são bem diversas, pois, enquanto o primeiro pertence ao direito das sucessões, sendo modalidade de substituição testamentária, o segundo é um direito real limitado. Ao passo que no fideicomisso haverá transferência de titularidade dos bens, pois o fiduciário tem apenas a propriedade resolúvel e deverá transmiti-la em caráter definitivo ao fideicomissário, no usufruto a propriedade é exercida de modo simultâneo, sendo seus poderes desmembrados entre usufrutuário e nu-proprietário.

Nessa linha, caso o fideicomissário faleça antes do fiduciário ou previamente à realização da condição estipulada, a propriedade resolúvel do fiduciário será consolidada, caducando o fideicomisso.⁴⁷⁷ Isso ocorre porque não há direito de representação na substituição fideicomissária.⁴⁷⁸

Cabe ressaltar que a opção do codificador de 2002 de reduzir drasticamente o número de situações passíveis de instituição de fideicomisso tornou o instituto de pouca serventia e aplicação prática escassa na atualidade.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Art. 1.952, parágrafo único, do Código Civil: "Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário".

⁴⁷⁷ Art. 1.958 do Código Civil: "Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955".

⁴⁷⁸ "Diferentemente do que acontece na sucessão legítima, em que há o direito de representação, na substituição fideicomissária isto não ocorre: morto o fideicomissário, não há falar-se em direito de representação". (NERY JUNIOR, Nelson. Usucapião ordinária escritura de doação com cláusula de substituição fideicomissária como justo título para usucapião. Doação *causa mortis*. Insinuação de doação. Registro Imobiliário. **Revista de Direito Privado**, v.2, p.177, abr. 2000).

⁴⁷⁹ Nessa perspectiva, Flávio Tartuce assevera que: "A verdade é que o fideicomisso sempre teve reduzida ou nenhuma aplicação entre nós, e o Código Civil de 2002 encarregou-se de diminuir ainda mais a sua incidência prática, porque, nos termos do seu art. 1.952, a substituição fideicomissária *somente se permite* em favor dos *não concebidos* ao tempo da morte do testador. Em suma, somente é possível fideicomisso para beneficiar como fideicomissário a prole eventual ou *concepturo*, o que torna sem sentido atual toda a jurisprudência anterior sobre o tema". (TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 9.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.480).

A instituição de fideicomisso só pode ocorrer em testamento, sendo vedada a sua inserção em cláusula contratual, pois representaria afronta à vedação do *pacta corvina*, expressamente previsto no art. 426 do Código Civil.⁴⁸⁰ Nesse sentido, prevê o enunciado n.º 529 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento".

Para surtir plenos efeitos, a instituição do fideicomisso deve ser inequívoca, devendo constar expressamente a quem se dirige a dupla liberalidade, isto é, quem ocupará a posição de fiduciário e quem ocupará a de fideicomissário. O fideicomisso não pode ser presumido.⁴⁸¹ Sobre o fato de haver incerteza sobre o conteúdo do testamento, Eduardo César Silveira Marchi afirma que se deve utilizar como parâmetro interpretativo o propósito almejado pelo testador fideicomitente.⁴⁸²

Outra novidade do Código Civil de 2002 é a de que pode o fiduciário renunciar à herança ou ao legado, sendo transmitida ao fideicomissário a aceitação, salvo disposição em contrário do testador.⁴⁸³ O contrário também pode ocorrer, sendo

⁴⁸⁰ Art. 426 do Código Civil: "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".

⁴⁸¹ "HABILITAÇÃO EM INVENTÁRIO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. RECURSO INADEQUADO. DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE HABILITAÇÃO. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. MATÉRIA NÃO VENTILADA NA PETIÇÃO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO EM SEDE RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FIDEICOMISSO. NEGÓCIO JURÍDICO. NECESSIDADE DE EXPOSIÇÃO CLARA E EXPRESSA NO TESTAMENTO. OCORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TESTAMENTÁRIA VULGAR. I – Havendo impugnação à habilitação em inventário deve a controvérsia ser dirimida nas vias ordinárias, devendo ser observado as disposições dos artigos 1.055 a 1.062 do Código de Processo Civil, com a instauração de procedimento incidental a ser resolvido por sentença atacável por apelação. Somente quando solucionada a questão nos próprios autos do inventário, por decisão interlocutória, é que se mostra comportável o agravo de instrumento. II – Matéria que não foi ventilada na petição inicial e somente abordada na fase recursal, constitui inovação que não pode ser apreciada pelo tribunal em sede revisional, sob pena de supressão de instância. III – O fideicomisso, por ser um negócio jurídico testamentário, deve estar expressamente consignado no testamento, com clara indicação de sua existência e definição do fideicomitente, fiduciário e fideicomissário, não podendo ser presumida sua existência. Havendo cláusula testamentária nomeando um segundo herdeiro ou legatário, para substituir o primeiro, se, por qualquer razão, não se operar a transmissão do benefício ao indicado original, tem-se a substituição testamentária vulgar, situação diversa do fideicomisso". (GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível n.º 2009.91410262. Relator: Desembargador. Goiânia, 09 jun. 2010. **Diário da Justiça do Estado de Goiás**, Goiânia, 09 jun. 2010).

⁴⁸² Eduardo César Silveira Marchi afirma que, em caso de dúvida, as disposições testamentárias devem ser interpretadas a partir da intenção do testador. Segundo o autor, esse modo de interpretação tem origem na "*causa curiana*" e estaria plasmado no art. 85 do Código Civil de 1916. Atualmente, trata-se do art. 112 do Código Civil, que permaneceu quase inalterado em relação ao art. 85 do Código Civil de 1916. ("Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem") (MARCHI, Eduardo César Silveira. *Interpretação dos negócios jurídicos: a "causa curiana"* e o art. 85 do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.648, p.21, out. 1989).

⁴⁸³ Art. 1.954 do Código Civil de 2002: "Salvo disposição em contrário do testador, se o fiduciário renunciar a herança ou o legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar".

possível o fideicomissário renunciar à herança ou ao legado. Nesse caso, a propriedade dos bens passará de resolúvel para definitiva do fiduciário, salvo disposição em contrário do testador.⁴⁸⁴ Tendo em vista que a propriedade definitiva dos bens fica com o fideicomissário, ele responde pelos encargos da herança que ainda existirem.⁴⁸⁵

Apresentadas as principais características do fideicomisso, em especial à luz da reformulação operada pelo Código Civil de 2002, passa-se a cotejar tal figura com o *trust*, em busca de suas semelhanças e dessemelhanças.

Percebe-se que o fideicomisso e o *trust* apresentam como pontos de contato o fato de permitirem a disposição de bens em favor de determinadas pessoas, sobretudo das que se almeja proteger por diversas razões. Ambos podem ser criados por testamento e em sua estrutura contemplam três sujeitos.

Contudo, constata-se que o *trust* é mais abrangente que o fideicomisso, pois permite diversos arranjos de disposição de bens, ao passo que o fideicomisso atualmente só permite que o fideicomissário seja um *concepturo*. O *trust*, por sua vez, pode beneficiar quaisquer tipos de pessoas, desde a prole eventual, até pessoas já nascidas capazes ou incapazes.

No tocante à constituição, o *trust* também pode ser criado por testamento, mas não apenas por essa via. Nesse aspecto, é também mais amplo que o fideicomisso.

Acerca da estrutura, tal como acima afirmado, tanto o *trust* quanto o fideicomisso envolvem três sujeitos. Todavia, o papel que cada um deles desempenha é diverso. No caso do fideicomisso, o testador fideicomitente instituirá o fideicomisso sobre os bens que desejar e deverá indicar quem ocupará as posições de fiduciário e a de fideicomissário, devendo esse último ser *concepturo*. Nos termos do art. 1.959 do Código Civil, "são nulos os fideicomissos além do segundo grau". Isso quer dizer que, caso seja convencionada uma tripla liberalidade, ou seja, sejam indicados um fiduciário e um primeiro e um segundo fideicomissários, a indicação desse último será considerada nula, conforme o artigo 166, VI do Código Civil. A primeira indicação deverá ser preservada em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.⁴⁸⁶ Ao fiduciário caberá primordialmente conservar os bens recebidos e,

⁴⁸⁴ Art. 1.955 do Código Civil: "O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador".

⁴⁸⁵ Art. 1.957 do Código Civil: "Ao sobrevir a sucessão, o fideicomissário responde pelos encargos da herança que ainda restarem".

⁴⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. 9.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.483.

ocorrendo a condição ou termo estipulado, transmiti-los ao fideicomissário, pois sua propriedade é resolúvel. O fideicomissário, por sua vez, poderá aceitar ou não a herança ou o legado e, caso se posicione pela aceitação, tornar-se-á o proprietário em caráter definitivo dos bens. No caso do *trust*, cabe ao *settlor* criar o *trust*, devendo escolher qual será a modalidade, quais serão as regras que o regerão, quais bens serão objeto e quem serão o *trustee* e o beneficiário. O *trustee* se tornará o proprietário dos bens e deverá administrá-los nos limites determinados pelo *settlor* e sempre em prol do beneficiário. Sua função não é a de meramente conservar os bens, mas de geri-los em favor dos beneficiários. Não há restrição sobre quem pode ser beneficiário, sendo admitido que o próprio *settlor* se autoproclame beneficiário.

Verifica-se, portanto, que, apesar de o *trust* e o fideicomisso apresentarem semelhanças e visarem a proteção patrimonial de pessoas indicadas por alguém que seja titular de bens, o fideicomisso apresenta pouquíssima relevância no cotidiano jurídico. Nessa perspectiva, Sérgio Jacomino entende que:

No tocante ao fideicomisso, as alterações foram infelizes. Ficaram a meio caminho dos objetivos consubstanciados nas sugestões de alteração propugnadas pelos principais autores do projeto. Resumiu-se a reformulação numa imbricação pouco sistemática de conceitos colhidos no campo doutrinário, dando ensanchas à recidiva dos vícios que contaminaram o rigor científico que deve imperar nestas iniciativas.⁴⁸⁷

Sendo assim, percebe-se que o fideicomisso não desempenha as mesmas funções que o *trust*, não se apresentando, portanto, como um substituto adequado ou mesmo como figura análoga ao *trust*.

4.3 SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

A Sociedade de Propósito Específico (SPE) pode ser definida como "a reunião de empresas ou pessoas para execução de um objetivo, mediante a constituição de uma pessoa jurídica nova, distinta da dos sócios e com prazo determinado".⁴⁸⁸ Consiste em pessoa jurídica com personalidade jurídica própria e autonomia

⁴⁸⁷ JACOMINO, Sérgio. O fideicomisso no projeto do Código Civil. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.44, p.27, maio 1998.

⁴⁸⁸ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.107.

patrimonial, e diferencia-se das demais sociedades porque possui objeto e prazo de duração determinados.

Trata-se de pessoa jurídica atrelada a determinada modalidade societária, com registro dos atos na Junta Comercial e no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. Ao final de sua denominação, deve constar a sigla "SPE", a fim de diferenciá-la de outras sociedades.

Martelene Carvalhaes Pereira e Souza destaca que, se o objeto da SPE for a realização de incorporação imobiliária de um certo empreendimento, deverá ser registrada na Receita Federal com a Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE) sob o n.º 4110-7/00 (incorporação de empreendimentos imobiliária):

Esta classe compreende a realização de empreendimentos imobiliários, residenciais ou não, provendo recursos financeiros, técnicos e materiais para a sua execução e posterior venda. A atividade principal de uma SPE é de incorporação imobiliária, uma vez que a receita bruta é de venda de bens imóveis.

Caso esta atividade não seja realizada com o propósito de venda posterior das unidades construídas, mas para as operações da empresa (por exemplo, aluguel de espaços construídos, atividades industriais, alojamento, etc.), não deverá ser classificada nesta seção, mas na atividade da sua operação, por exemplo, aluguel de imóveis, indústria, hotel, etc.⁴⁸⁹

A autora ainda esclarece que "com o fim de obter a inscrição estadual, a SPE também poderá ter a atividade de construtora (venda de serviços), sendo assim poderá ter como atividade secundária o CNAE fiscal 412 – Construção de Edifícios".⁴⁹⁰

Em síntese, as peculiaridades da SPE consistem (i) na possibilidade de assumir mais de uma modalidade societária, (ii) apresentar um objeto predeterminado, que é a execução de um certo negócio jurídico – como a alienação das unidades de um empreendimento imobiliário, por exemplo –, e (iii) a duração da sociedade limitar-se ao cumprimento desse objeto.

A Sociedade de Propósito Específico está prevista nos artigos 5.º, § 2.º, I, 5.º-A, I, II, 9.º, entre outros, da Lei n.º 11.079/2004, que instituiu o Regime das

⁴⁸⁹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.72.

⁴⁹⁰ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.72.

Parcerias Público-Privadas (PPPs).⁴⁹¹ Consta, ainda, no artigo 50, XVI, da Lei n.º 11.101, de 2005 (Lei de Falências e Recuperação Judicial)⁴⁹² e aplica-se a ela o artigo 981, parágrafo único, do Código Civil.⁴⁹³

Sobre as origens da SPE, verifica-se grande divergência doutrinária. Segundo Gabriel Luiz de Carvalho, a estrutura de uma SPE não é algo completamente novo no direito brasileiro e em outros ordenamentos jurídicos, pois apresenta semelhanças com a figura do "consórcio-societário", instituído pela Portaria n.º 107/1967 do

⁴⁹¹ Art. 5.º, § 2.º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

Art. 5.º - A. Para fins do inciso I do § 2.º do art. 5.º, considera-se:

I - o controle da sociedade de propósito específico a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

II - A administração temporária da sociedade de propósito específico, pelos financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes:

a) indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades;

b) indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral;

c) exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo;

d) outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo;

Art. 9.º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1.º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2.º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3.º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4.º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5.º A vedação prevista no § 4.º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

⁴⁹² Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

[...]

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

⁴⁹³ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF). Posteriormente, a figura do consórcio foi complementada pelas Leis n.º 8.666/1993, 8.987/1995 e 9.074/1995 – e esta última prevê que, em processos licitatórios, uma vez vencedor, o consórcio extinguir-se-á para constituir uma SPE, ou seja, uma sociedade personalizada e com objetivo determinado.⁴⁹⁴

Mattos diferencia a SPE do consórcio:

Um consórcio é a junção temporal de duas ou mais empresas para a consecução de um objetivo comum, sem que cada empresa perca a sua individualidade, ou seja, sem o surgimento de uma empresa jurídica nova. Consórcio não tem personalidade jurídica própria (embora possa requerer CNPJ próprio); SPE tem. Sendo assim, a SPE recolhe seus tributos independentemente das empresas constituintes e tem personalidade patrimonial, que é a possibilidade de ser titular de bens e direitos e de registrá-los em suas contas de ativo. Analogamente, a SPE também registra em seu passivo todas as suas obrigações e deveres, sejam contratuais, societários ou fiscais.⁴⁹⁵

Marcelo Andrade Féres⁴⁹⁶ apresenta o mesmo entendimento de Carvalho quanto às origens da SPE. Entretanto, há quem defenda que a SPE seria uma modalidade empresária completamente nova.⁴⁹⁷ Alguns autores sustentam que a SPE seria verdadeira decorrência ou exemplar da figura norte-americana da *Joint Venture*⁴⁹⁸, enquanto outros afirmam que teria se originado a partir das sociedades em conta de participação (SCP).⁴⁹⁹ Mattos apresenta algumas diferenças entre a SPE e a SCP:

⁴⁹⁴ CARVALHO, Gabriel Luiz de. **Sociedade de propósito específico**: natureza e aplicação. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10756/sociedadepropositoespecifico>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

⁴⁹⁵ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.108-109. Ver Anexo 5.

⁴⁹⁶ FÉRES, Marcelo Andrade. As sociedades de propósito específico (SPE) no âmbito das parcerias público-privadas (PPP): algumas observações de direito comercial sobre o art. 9.º da Lei n.º 11.079/2004. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.7, n.75, out./nov. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/ZxOZTh>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

⁴⁹⁷ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**: teoria geral do novo direito comercial. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p.215.

⁴⁹⁸ Segundo Martelene Carvalhaes Pereira e Souza, a *Join Venture* é instituto norte-americano que consiste na junção de pessoas físicas ou jurídicas com expertises distintas e que emprestam suas habilidades, recursos e conhecimentos para empreender um determinado objetivo. (SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.54-55).

⁴⁹⁹ "Diferentemente daqueles que defendem a origem da sociedade de propósito específico na relação jurídica de *joint venture*, do direito norte-americano, penso que, de fato, a origem do referido instituto está diretamente vinculada ao tipo societário de longa data, talvez, historicamente, o mais remoto de todos, que é a sociedade em conta de participação, com se vê nas palavras de Fernand Braudel, citado por Ricardo Negrão, cuja atualidade mereceu por parte do legislador o devido prestígio de sua manutenção no Código Civil de 2002, na classificação das sociedades não

A SCP é formada por um sócio ostensivo e os demais ocultos, competindo ao sócio ostensivo a responsabilidade pela apuração dos resultados e recolhimentos dos impostos. A SCP é utilizada quando há investidores que não querem aparecer ostensivamente, deixando "visível" apenas a empresa incorporadora. Na SCP, que é regulada pelos arts. 991 a 996 do Código Civil, o sócio ostensivo é o único que se obriga para com terceiros; os outros sócios ficam unicamente obrigados para com o sócio ostensivo por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato. A constituição da SCP não está sujeita às formalidades legais prescritas para as demais sociedades, não sendo necessário o registro de seu contrato social na Junta Comercial.⁵⁰⁰

Para Souza, a SPE consiste em um modelo de negócios baseado em experiências tipicamente norte-americanas, como, por exemplo, a *Joint Venture*. A autora esclarece que, no entanto, a SPE surgiu no Brasil com o intuito de proteger o investidor, o financiador e o comprador, em face do episódio da falência da incorporadora Encol, que prejudicou um considerável número de famílias brasileiras.⁵⁰¹

De modo semelhante, Mattos afirma que, com a falência da Encol, utilizou-se das Sociedades de Propósito Específico para "segregar o patrimônio dos novos lançamentos, garantindo aos adquirentes e financiadores que o dinheiro arrecadado para uma obra não seria canalizado para outros empreendimentos da mesma incorporadora".⁵⁰²

Sobre as vantagens da constituição de uma Sociedade de Propósito Específico, explica a autora:

A SPE é de grande valia para organização dos negócios em empreendimentos imobiliários e construção de obras, antes regulados por contratos interempresariais, com a vantagem de outorgar personalidade jurídica à sociedade, limitando a responsabilidade dos seus membros e assegurando a autonomia do patrimônio social.⁵⁰³

personificadas (art. 991). É certo que a sociedade de propósito específico, embora defendamos a sua raiz na sociedade em conta de participação, mereceu a devida reformulação na Lei 11.079/2004, que lhe emprestou status de sociedade formal, com personalidade jurídica, organizada nos moldes da legislação societária brasileira, com padrão de governança corporativa na administração da atividade específica para a qual foi ou será constituída, inclusive com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, como expressamente aponta o § 3.º, do art. 9.º da Lei de Parceria Público-Privada". (GUERRA, Luiz Antonio. Licitação: direito administrativo, consórcio empresarial e sociedade de propósito específico, proteção e segurança jurídica para o poder público. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.8, n.81, p.50, out./nov. 2006).

⁵⁰⁰ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.109. Ver Anexo 6.

⁵⁰¹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.55.

⁵⁰² MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.107.

⁵⁰³ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.55.

Quanto às modalidades societárias da SPE, Luiz Antonio Guerra defende que esta pode constituir qualquer regime jurídico societário contido no Código Civil de 2002, com exceção das sociedades não personificadas, da sociedade em nome coletivo e da sociedade cooperativa.⁵⁰⁴

De outro lado, Souza e Mattos⁵⁰⁵ sustentam que a SPE somente pode ser constituída na forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (regida pelo Código Civil de 2002) ou sociedade anônima (regida pela Lei n.º 6.404, de 1976), mediante registro dos atos constitutivos na Junta Comercial.⁵⁰⁶

Souza afirma que as Sociedades de Propósito Específico podem ser tributadas pelo lucro real, pelo lucro presumido ou pelo Regime Especial de Tributação (RET) das incorporações imobiliárias submetidas a afetação, que consiste basicamente na unificação dos seguintes tributos federais: (i) imposto de renda (IR); (ii) contribuição social sobre lucro líquido (CSLL); (iii) programa de integral social e de formação do patrimônio do servidor público (PIS/PASEP) e (iv) contribuição para financiamento da seguridade social (COFINS). Isso se tornou bastante interessante para tais sociedades, visto que a Medida Provisória n.º 601, de 2012, com entrada em vigor em 1.º de janeiro de 2013, reduziu a alíquota do referido regime especial de tributação de 6% para 4%.⁵⁰⁷

Necessário elucidar que, como a Sociedade de Propósito Específico é uma pessoa jurídica, pode submeter-se ao regime do Patrimônio de Afetação. Todavia, o Patrimônio de Afetação, por não se tratar de pessoa jurídica, não pode constituir-se como uma Sociedade de Propósito Específico, como se verá no próximo tópico.

A semelhança que pode ser traçada entre a SPE e os *trusts* é a de que ambos visam minorar riscos e possibilitar a execução de atividades específicas. Pode-se, por

⁵⁰⁴ GUERRA, Luiz Antonio. Licitação: direito administrativo, consórcio empresarial e sociedade de propósito específico, proteção e segurança jurídica para o poder público. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.8, n.81, p.49, out./nov. 2006.

⁵⁰⁵ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.108.

⁵⁰⁶ Souza explica que o contrato social deverá conter (i) nome empresarial por firma social ou denominação social; (ii) capital da sociedade expresso em moeda corrente; (iii) discriminação das quotas de cada sócio; (iv) a forma e o prazo de integralização das quotas; (v) endereço da sede; (vi) objeto social (precisa e detalhada); (vii) prazo de duração da sociedade; (viii) data de encerramento do exercício social; (ix) qualificação, poderes e atribuições dos administradores e dos administradores não sócios; (x) detalhamento da participação de cada sócio nos lucros e perdas; (xi) eventual foro ou cláusula arbitral. (SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.58).

⁵⁰⁷ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.74 e 84.

exemplo, constituir um *trust* voltado à consecução de um determinado empreendimento, estipulando que após a concretização do negócio o *trust* será extinto. Todavia, o *trust* não é modalidade de pessoa jurídica. Como já exposto, seus bens passam para a titularidade do *trustee* e, mais contemporaneamente, entende-se que é criado um patrimônio de afetação que segrega essa massa patrimonial do patrimônio pessoal do *trustee* e o vincula às finalidades para as quais foi criado.

4.4 PATRIMÔNIOS DE AFETAÇÃO

Como já mencionado, o *trust* medieval, cuja característica marcante era a divisão em domínio útil e domínio direto – foi se transformando ao longo dos séculos e apresentando diferentes características. Devido aos esforços empreendidos para a estipulação de um conceito internacional de *trust*, em especial pela Convenção da Haia sobre *Trusts* e seu Reconhecimento, hodiernamente a característica mais acentuada do *trust* é o fato de ele ser um patrimônio de afetação.

Todavia, em que pese o *trust* contemporâneo ser um patrimônio de afetação, os patrimônios de afetação que temos no ordenamento jurídico brasileiro não são *trusts*. Em outras palavras, poder-se-ia utilizar a fórmula "todo o *trust* é um patrimônio de afetação, mas nem todo patrimônio de afetação é um *trust*".

Relevante notar que os patrimônios de afetação estão sendo constantemente prestigiados nas recentes legislações, tais como o Código de Processo Civil de 2015, o que contribui para a abertura de um ambiente favorável à recepção dos *trusts* no Brasil.

4.4.1 O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária

No âmbito da incorporação imobiliária,⁵⁰⁸ o Patrimônio de Afetação (PA) está previsto no Capítulo I-A, artigos 31-A a 31-E, da Lei n.º 4.591, de 1964 (que trata dos

⁵⁰⁸ Muito embora o objeto deste tópico consista no Patrimônio de Afetação relacionado às incorporações imobiliárias, esta não é a única hipótese prevista na legislação pátria. É o que ocorre, por exemplo, com os fundos de investimento imobiliário e com a afetação de créditos imobiliários para efeito de securitização. Nesse sentido, Chalhub esclarece que "a afetação pode corporificar-se de formas distintas, conforme a função do acervo afetado e em atenção à espécie de negócio em que venha a ser aplicada". (CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.82).

condomínios edifícios e incorporações imobiliárias), incluído pela Lei n.º 10.931, de 2004.⁵⁰⁹

A Lei n.º 4.591, de 1964, regulamenta o Patrimônio de Afetação neste caso, trazendo suas características; responsabilidades e incumbências do incorporador; hipóteses de garantia real e de exclusão; questões atinentes ao pagamento, ressarcimento e averbação; atribuições da Comissão de Representantes; hipóteses de extinção e de exclusão de responsabilidade dos adquirentes; entre outras questões relevantes.⁵¹⁰

Segundo Mattos, o Patrimônio de Afetação pode ser definido como "o conjunto autônomo de bens, direitos e obrigações formado para um determinado fim, sem possibilidade de desvio para outra finalidade".⁵¹¹ O autor esclarece, ainda, que a afetação não importa na disposição do bem e na saída do patrimônio do sujeito, mas sim na imobilização em função de uma finalidade.⁵¹²

Para Chalhub, o Patrimônio de Afetação "constitui uma universalidade e, portanto, responde pelas obrigações contraídas para cumprimento da finalidade para a qual tiver sido estruturado ou que a esta estejam vinculadas". Apresenta ativo e passivo próprios e pode ser formado (i) pelos bens, direitos e obrigações originais e por (ii) frutos e encargos advindos de sua gestão e que forem imputados a ele.⁵¹³

O Patrimônio de Afetação nada mais é do que uma parcela de patrimônio que foi separada do montante total, uma parte do patrimônio que foi afetada a uma determinada finalidade, em razão de averbação junto ao Registro de Imóveis. Trata-se,

⁵⁰⁹ "A lei resulta do Projeto de Lei n.º 2.109/1999 (que reproduz anteprojeto que apresentamos ao IAB, sob a forma da Indicação n.º 220, de 14 de julho de 1999), ao qual foi anexado o Projeto de Lei do Poder Executivo n.º 3.065/2004 (nesse PL, o Poder Executivo agrupou diversas matérias que se encontram dispersas em algumas Medidas Provisórias, relacionadas aos mercados de capitais, financeiro e imobiliário, e nesse conjunto inseriu a regulamentação da afetação das incorporações imobiliárias)". (CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.259).

⁵¹⁰ No presente tópico, optou-se por centrar o estudo nos aspectos mais práticos do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária. Para uma visão histórico-dogmática mais aprofundada, consultar: XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011.

⁵¹¹ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.41.

⁵¹² MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.42.

⁵¹³ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.254-255.

portanto, "de uma universalidade de direitos e obrigações destinada ao cumprimento de determinada função e integrada ao patrimônio geral".⁵¹⁴

Assim, constitui uma massa patrimonial autônoma, uma modalidade de patrimônio separado que pode ser instituída pelo incorporador de forma facultativa, como dispõe o art 31-A da Lei n.º 4.591, de 1964. Isso vem sendo alvo de críticas por parcela da doutrina.⁵¹⁵

Para Leandro Leal Ghezzi, a possibilidade de afetação do patrimônio a uma determinada finalidade configura exceção à clássica posição doutrinária da unicidade patrimonial, com o objetivo de assegurar que o patrimônio afetado não seja alcançado pelos efeitos da insolvência.⁵¹⁶ Sobre o tema, Souza afirma que a unicidade patrimonial não impede o direcionamento (por alienação ou afetação) de determinados bens e direitos para finalidades específicas.⁵¹⁷

Nas palavras de Ghezzi, o Patrimônio de Afetação é um patrimônio especial e vinculado apenas à satisfação dos direitos dos adquirentes e de credores específicos de uma incorporação imobiliária. Por meio dele, cada um dos grupos de adquirentes

⁵¹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.82.

⁵¹⁵ "Esta faculdade que tem o incorporador não parece consoante com o propósito da lei, que terminou perdendo uma excelente oportunidade de tornar a afetação cogente. Ao relegar a adesão ao novo regime ao livre arbítrio do incorporador, a referida lei deixou um flanco aberto que pode enfraquecer seu poder de proteção ao consumidor". (MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.44). De mesmo modo, Chalhub critica o caráter facultativo em determinadas hipóteses: "De outra parte, a afetação deve ser instituída compulsoriamente nas situações que envolvam relevante interesse social, como são os casos do bem de família e da captação e administração de recursos do público, nos negócios dos fundos de investimento e da incorporação imobiliária". (CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.258). Ainda: "Chávamos à atenção, à época, para a realidade de nascer morta em sua efetividade a referida norma; isso porque deixava-se a critério exclusivo do incorporador a referida submissão do projeto de incorporação ao sistema proposto de garantia". (AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.279.). Por fim: "É lamentável que o legislador tenha modificado a compulsoriedade da afetação da incorporação, tal como fora idealizada no Anteprojeto do IAB. Não há dúvidas que tal alteração prejudica não somente a aplicabilidade desta figura, mas também a própria ideia de afetação patrimonial voltada ao atendimento de uma função socialmente relevante". (XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011. p.115).

⁵¹⁶ GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.259-260.

⁵¹⁷ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.87.

fica resguardado em face das consequências negativas de outros empreendimentos do mesmo incorporador.⁵¹⁸

No mesmo sentido, Souza afirma que se trata de "avançado sistema de proteção dos credores vinculados a uma incorporação imobiliária, dentro do qual os consumidores têm seus direitos priorizados"⁵¹⁹ e esclarece:

O patrimônio afetado a um fim determinado é a consecução da incorporação, ou seja, a construção e a entrega das unidades prontas aos seus respectivos adquirentes e finalizando com a transferência da propriedade. Este bem afetado não se comunica também com outros patrimônios de afetação, portanto, somente responde pelas obrigações e dívidas contraídas à respectiva incorporação, protegendo o negócio contra eventuais dívidas e obrigações de outros negócios do incorporador.

Com a lei, todas as dívidas, de natureza tributárias, trabalhistas e junto a instituições financeiras ficam restritas ao empreendimento afetado, sem qualquer relação com outros compromissos e dívidas assumidos pelo incorporador ou construtor.⁵²⁰

Para Chalhub, além da finalidade protetiva e de consistir em garantia com eficácia incomparável aos adquirentes, do ponto de vista jurídico-empresarial, o Patrimônio de Afetação, ao conferir maior nitidez ao negócio e apresentar mecanismos de controle mais eficazes e novos elementos de equilíbrio contratual, ajusta-se à tendência atual da teoria contratual, baseada nos princípios da boa-fé e equidade.⁵²¹

Logo, a finalidade da afetação patrimonial é proteger os adquirentes das unidades de um determinado empreendimento. A legislação apresenta cunho protetivo e não o objetivo de prejudicar adquirentes e consumidores com a limitação do patrimônio.

Nesse sentido, a eventual falência do incorporador não atingirá o patrimônio de afetação, afastando-se da massa concursal os bens, direitos, obrigações e encargos da incorporação.⁵²²

⁵¹⁸ GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.264.

⁵¹⁹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.87.

⁵²⁰ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.89.

⁵²¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.261.

⁵²² GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.262.

Sendo assim, em caso de falência da incorporadora, o patrimônio afetado fica reservado para garantir que o empreendimento seja finalizado e que os adquirentes não sejam prejudicados com o inadimplemento do dever do incorporador de efetuar a entrega das unidades.

Souza demonstra que as origens do Patrimônio de Afetação se relacionam justamente com a ideia de proteção dos adquirentes. A autora explica que foi instituído inicialmente pela Medida Provisória n.º 2.221/2001, a qual foi convertida em lei por força da Emenda Constitucional n.º 32/2001. Por meio dessa lei, concebeu-se o patrimônio de afetação como garantia da recomposição imediata do patrimônio individual dos adquirentes nas hipóteses de falência do incorporador ou de paralisação das obras sem justo motivo.⁵²³

Entende-se que o patrimônio de afetação constitui uma importante forma de proteger o direito constitucional à moradia ao delimitar os riscos dos adquirentes.⁵²⁴ Mattos sustenta que o Patrimônio de Afetação protege a incorporação contra as práticas das incorporadoras de retirar recursos de um empreendimento para investir em outras obras, adquirir novos terrenos ou para benefício pessoal. Assim, o Patrimônio de Afetação garante que, em caso de falência do incorporador, o terreno e suas acessões não serão arrecadados para a massa falida.⁵²⁵

Nesse sentido, a legislação traz inúmeros benefícios aos adquirentes: (i) maior garantia de que o valor pago pela unidade será aplicado no empreendimento; (ii) garantia de que o incorporador não possa gastar o valor do terreno sem antes vender as unidades do mesmo empreendimento e arcar com os custos de construção das unidades não vendidas; (iii) garantia de que os bens e direitos do Patrimônio de Afetação serão objeto de garantia real apenas do respectivo empreendimento e somente no valor necessário para concluir as unidades faltantes; (iv) maior transparência, visto que o incorporador só pode movimentar os recursos do Patrimônio de Afetação em conta bancária criada para esse exclusivo fim; (v) dever de prestação de contas do incorporador; (vi) existência de Comissão de Representantes que pode auditar as contas do incorporador; e (vii) responsabilidade dos adquirentes que se limita ao

⁵²³ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.85.

⁵²⁴ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011. p.112-113.

⁵²⁵ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.43.

pagamento do preço de suas respectivas unidades, sem responder por dívidas do incorporador, mesmo em caso de falência.⁵²⁶

Souza afirma que a afetação patrimonial não consiste em garantia de que a obra será executada, mas sim de que há patrimônio suficiente reservado para tal finalidade, e também não retira do incorporador a administração do negócio e o poder de livre disponibilidade dos bens integrantes da incorporação, mas garante que o produto das vendas das unidades e do financiamento destinar-se-á ao respectivo empreendimento, e não a um caixa comum a todos os empreendimentos daquele incorporador. Logo, o Patrimônio de Afetação não prejudica a administração do empreendimento e visa coibir o desvio da destinação dos valores.⁵²⁷

Por outro lado, é preciso esclarecer que a legislação também apresenta pontos negativos. Nesse sentido, Chalhub destaca (i) a afetação facultativa, a critério do incorporador (artigo 31-A da Lei n.º 4.591/1964); (ii) a penalização dos adquirentes com a perda da eficácia da afetação em caso de inadimplemento de débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas do Patrimônio de Afetação (artigo 9.º da Lei n.º 10.931/2004); (iii) a supressão dos direitos dos trabalhadores em caso de ineficácia da afetação e (iv) alguns mecanismos de burocratização e encarecimento do negócio, que servem como fatores de desestímulo à iniciativa privada (artigos 31-A, §§ 5.º, 6.º, 7.º e 9.º, 31-D da Lei n.º 4.591/1964).⁵²⁸

O autor explica que essas disposições não estiveram sempre presentes no texto legislativo e que foram incluídas por meio de emendas e interferências diversas durante o trâmite do Projeto de Lei do Poder Executivo n.º 3.065/2004. Apesar da inserção de disposições que aperfeiçoaram os textos iniciais, outros dispositivos subverteram o fundamento axiológico da norma: "Nem mesmo nos períodos que vivemos sob regime ditatorial, se viu tamanha truculência legislativa no âmbito do direito privado!".⁵²⁹

No que concerne às características do Patrimônio de Afetação, Mattos enumera as seguintes: (i) autorização legal: a formação de patrimônios especiais

⁵²⁶ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.108.

⁵²⁷ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.97.

⁵²⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.262-269.

⁵²⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.262.

exige previsão legal; (ii) universalidade: o Patrimônio de Afetação inclui todos os direitos e obrigações do patrimônio segregado; (iii) incomunicabilidade: autonomia do Patrimônio de Afetação em relação aos demais empreendimentos do incorporador; (iv) autossustentação: os créditos decorrentes da venda das unidades imobiliárias deve ser suficiente para cobrir os custos da obra; (v) inacessibilidade de credores não vinculados: o Patrimônio de Afetação não é atingido por credores de outros empreendimentos; e (vi) oponibilidade a terceiros: efeito *erga omnes* decorrente da averbação no Registro de Imóveis.⁵³⁰

O Patrimônio de Afetação será constituído por meio da averbação de termo junto à matrícula do terreno na qual também fora averbado o memorial de incorporação, perante o competente Cartório de Registro de Imóveis, sem mais formalidades.⁵³¹ Assim, o termo de afetação pode ser elaborado em folha à parte, por meio de declaração no sentido de que a incorporação se submete ao regime da afetação, de acordo com os artigos 31-A e seguintes da Lei n.º 10.931/2004.⁵³²

Esse termo deverá ser assinado pelo incorporador e conter a anuência dos titulares de direitos reais sobre o referido terreno. Para Chalhub, é necessária a manifestação expressa do proprietário do bem ou do titular dos direitos sobre os quais houver de incidir a afetação, mas os promitentes compradores não precisam anuir com a afetação, devendo apenas ser cientificados de sua ocorrência.⁵³³ O autor ainda destaca que, a partir da averbação do termo, surge o dever de realizar a contabilização separada da incorporação.⁵³⁴

Mattos ressalta que "o termo de afetação deve ser firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno", atentando-se para o fato de que "pode ser incorporador também o

⁵³⁰ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.48.

⁵³¹ Para mais detalhes, consultar o modelo de requerimento de averbação de patrimônio de afetação desenvolvido pelo 1.º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte/MG, em 16 de junho de 2009, disponível em: XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011. p.178.

⁵³² CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.101.

⁵³³ CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.104-105.

⁵³⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.95.

promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário, assim como o construtor e o corretor".⁵³⁵

Com relação à tributação, a Lei n.º 10.931, de 2004, instituiu o Regime Especial de Tributação aplicável ao Patrimônio de Afetação, unificando os tributos federais (IR/CSLL/PIS/COFINS) na alíquota de 7%. Ao longo do tempo, a alíquota foi modificada para 6% pela Lei n.º 12.024, de 2009, e, posteriormente, foi reduzida para 4% em razão da Lei n.º 12.844, de 2013, produzindo efeitos a partir de 1.º de janeiro de 2013 e consolidando um atrativo aos incorporadores. Frise-se que o incorporador tem a escolha entre tributar pelo Lucro Real, pelo Lucro Presumido ou pelo RET, mas a opção por este último é irretratável.⁵³⁶

A base de cálculo desses tributos é a receita mensal do empreendimento, compreendida como a totalidade das receitas auferidas com a venda das unidades imobiliárias e as respectivas receitas financeiras e variações monetárias, que, segundo Mattos, consistem em juros, descontos, lucro na operação de reporte, prêmio de resgate de títulos ou debêntures, rendimentos nominais relativos a aplicações financeiras de renda fixa e variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte.⁵³⁷

Ainda com relação aos incentivos, a Lei n.º 11.977, de 2009, instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) com o intuito de incentivar a aquisição de unidades habitacionais por famílias com renda mensal de até dez salários mínimos. Nesse sentido, a legislação permite que a construtora contratada para construir unidades habitacionais vinculadas a esse programa, de valor inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fica autorizada a recolher tributo unificado pela alíquota de 1% da receita mensal do contrato de construção, desde que esta tenha se iniciado a partir de 31 de março de 2009.⁵³⁸

⁵³⁵ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.58.

⁵³⁶ Para compreensão das alíquotas aplicáveis ao Patrimônio de Afetação pelo RET e pelo Lucro Presumido, ver no Anexo 4 quadro comparativo elaborado por Souza (SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.125).

⁵³⁷ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.88.

⁵³⁸ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.89.

Quanto ao marco temporal, destaca-se que o patrimônio poderá ser submetido ao regime de afetação a qualquer tempo, desde que antes da ocorrência de uma das hipóteses de extinção descritas no art. 31-E da Lei n.º 4.591, de 1964, as quais serão estudadas adiante.

Além disso, uma única incorporação imobiliária pode apresentar mais de um Patrimônio de Afetação, como ocorre, por exemplo, com empreendimentos com mais de uma torre. Nesse caso, deve haver a indicação precisa de cada uma das edificações submetidas ao regime de afetação: (i) nos condomínios horizontais, deve-se indicar a fração ideal de todo o terreno e discriminar a parte do terreno destinada à edificação e a área para uso exclusivo de casa ou sobrado, jardim e quintal, assim por diante; (ii) nos edifícios com dois ou mais pavimentos, deve-se indicar a fração ideal de todo o terreno, discriminando a área utilizada para edificação, as partes comuns e privativas e aquelas destinadas para uso exclusivo de cada unidade.⁵³⁹

No que concerne à Comissão de Representantes, importa mencionar que, em regra, não há obrigatoriedade de constituição, podendo ser convocada em assembleia – mediante requerimento do incorporador, do construtor ou de, no mínimo, 1/3 dos adquirentes das frações ideais – e aprovada por voto da maioria simples dos presentes.

A Comissão de Representantes, formada por, no mínimo, três adquirentes de unidades imobiliárias, deverá ser obrigatoriamente constituída apenas em caso de (i) falência do incorporador, pois será responsável pela administração do empreendimento do respectivo Patrimônio de Afetação; e (ii) de paralisação da obra pela construtora, por mais de trinta dias e sem motivo justificado.

Na hipótese de falência do incorporador e se não houver Comissão de Representantes instituída, será convocada assembleia – em sessenta dias da data da decretação da falência ou da insolvência civil – para o fim de formar essa comissão, mediante (i) requerimento de, no mínimo, 1/6 dos adquirentes; (ii) determinação judicial; e (iii) requerimento da instituição financeira responsável pelo financiamento do empreendimento.

⁵³⁹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.92.

Neste caso, a Comissão de Representantes "assumirá a administração da incorporação e prosseguirá a obra independente dos efeitos da falência, ou será responsável por liquidar o patrimônio se assim for a deliberação".⁵⁴⁰ O mandato da Comissão de Representantes será irrevogável e permanecerá válido mesmo após o fim da obra, com o objetivo de que o incorporador, o titular do domínio e o titular de direitos aquisitivos do imóvel objeto da incorporação firmem o contrato definitivo com os adquirentes. Considerando que a Comissão de Representantes apresentará poder específico para resguardar direitos dos condôminos, seus membros responderão por eventual ineficácia dos atos firmados.⁵⁴¹

O incorporador possui obrigações relacionadas especificamente com o patrimônio sob regime de afetação – artigo 31-D da legislação⁵⁴² –, além das obrigações normalmente conferidas pela Lei n.º 4.591, de 1964.

Dentre essas obrigações, constam o dever de prestar contas aos adquirentes e a devida administração do caixa do empreendimento. Nesse sentido, o incorporador pode sacar da conta do empreendimento (i) o valor correspondente ao terreno, equivalente às unidades vendidas e após o recebimento dos adquirentes ou do financiador; (ii) o valor correspondente ao gasto da obra, proporcionalmente a cada unidade vendida; (iii) o valor disponível em conta bancária que exceder o necessário

⁵⁴⁰ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio:** estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.97.

⁵⁴¹ AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.287.

⁵⁴² Art. 31-D. Incumbe ao incorporador:

- I - promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação, inclusive mediante adoção de medidas judiciais;
- II - manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação;
- III - diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação e aplicá-los na forma prevista nesta Lei, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra;
- IV - entregar à Comissão de Representantes, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebidos no período, firmados por profissionais habilitados, ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de Representantes;
- V - manter e movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim;
- VI - entregar à Comissão de Representantes balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação;
- VII - assegurar à pessoa nomeada nos termos do art. 31-C o livre acesso à obra, bem como aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva referida no inciso V deste artigo e quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação; e
- VIII - manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária.

para pagar o custo da conclusão da obra; e (iv) mensalmente, o valor dos custos e despesas com a administração do empreendimento.⁵⁴³

Diante de todos esses deveres, o incorporador responde por todos os danos ocasionados ao Patrimônio de Afetação, sem prejuízo de outras responsabilidades, como prevê o artigo 31-A, § 2.º, da Lei n.º 4.591, de 1964: "O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação".

Quanto à extinção do Patrimônio de Afetação, as hipóteses constam no artigo 31-E da Lei n.º 4.591, de 1964. Destaca-se que a Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação Judicial) traz um procedimento para a falência e a recuperação judicial e extrajudicial de sociedades empresárias, mas o artigo 119, inciso IX, da própria lei, excepciona essa regra ao prever que os patrimônios de afetação serão regidos por legislação específica e que seus bens, direitos e obrigações permanecerão separados da massa falida até o cumprimento da finalidade do patrimônio afetado.⁵⁴⁴

Vislumbra-se quatro hipóteses de extinção do Patrimônio de Afetação no artigo 31-E da Lei n.º 4.591, de 1964: (i) averbação da construção, com transferência da propriedade das unidades e quitação do financiamento; (ii) revogação por denúncia da incorporação; (iii) revogação por outras hipóteses legais; e (iv) liquidação em assembleia geral.

No caso do inciso I do artigo supramencionado, a extinção ocorre pelo "registro dos títulos de transferência da propriedade, o que ocorrerá após averbação da construção e quitação do financiamento", e não pela simples averbação da construção.⁵⁴⁵ Vale dizer: o Patrimônio de Afetação somente será extinto quando for registrada a transferência de propriedade de todas as unidades do empreendimento na matrícula do imóvel e quitado o financiamento. Nesse momento, a extinção ocorre automaticamente.

Mattos explica que essa hipótese ocorre quando (i) a construção foi concluída; (ii) o "habite-se" – Certificado de Vistoria e Conclusão de Obra (CVCO) – foi emitido pelo respectivo Município; (iii) houve a averbação da construção no Registro de

⁵⁴³ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.100-102.

⁵⁴⁴ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011. p.127.

⁵⁴⁵ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.113.

Imóveis, para formação de matrículas individualizadas das unidades; e (iv) houve o registro das unidades autônomas perante o Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do artigo 1.227 do Código Civil. Todavia, o autor critica o fato de que a legislação não veda a extinção do Patrimônio de Afetação, mesmo com a subsistência de dívidas do incorporador perante fornecedores: "A quem, indagamos, deverá então o fornecedor recorrer para buscar a satisfação de seu crédito? A única resposta cabível é cobrar diretamente do patrimônio do incorporador, o que desvirtua o espírito de segregação".⁵⁴⁶

No que concerne à hipótese de denúncia da incorporação, ela consiste na desistência do incorporador em construir o empreendimento. Trata-se de prerrogativa do incorporador que exige previsão de prazo de carência no contrato de incorporação. A denúncia será anunciada por escrito a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição e a restituição dos valores pagos deverá ocorrer dentro do prazo de trinta dias dessa comunicação, sob pena de execução por parte dos adquirentes.⁵⁴⁷

Nesse sentido, o artigo 33 da Lei n.º 4.591/1964 previa um prazo de validade do registro da incorporação de 120 (cento e vinte) dias, período após o qual o incorporador necessitava revalidar o registro. O artigo 12 da Lei n.º 4.864/1965 alterou esse prazo para 180 (cento e oitenta) dias.

A hipótese de revogação por outras disposições legais aplica-se aos casos de distrato (decisão de ambas as partes em desfazer o negócio) e de rescisão contratual por inadimplemento que caracterize "débito generalizado, de grande monta e com ameaça à continuidade da obra, após o incorporador ter tentado a cobrança judicial".⁵⁴⁸

Com relação à liquidação do patrimônio, esta pode se dar por voto de 2/3 dos adquirentes em assembleia geral e será realizada pela Comissão de Representantes, que representará os adquirentes junto ao incorporador.

Souza explica que o processo de liquidação se inicia com a venda do terreno, construções, bens e direitos, por meio de leilão ou conforme o estabelecido em Assembleia Geral. O resultado da venda será destinado, em ordem: (i) ao pagamento de dívidas do patrimônio; (ii) ao pagamento da parte do terreno entregue ao proprietário; e (iii) à devolução dos aportes feitos pelos adquirentes. Após esses pagamentos, o

⁵⁴⁶ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.66.

⁵⁴⁷ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.67.

⁵⁴⁸ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.70.

valor remanescente será distribuído aos adquirentes na proporção dos recursos investidos. Se o montante não for suficiente para o reembolso integral das quantias aportadas, os adquirentes serão credores privilegiados na falência do incorporador pelos valores não recebidos, com a responsabilidade subsidiária dos bens do incorporador.⁵⁴⁹

4.4.2 Os patrimônios de afetação no Código de Processo Civil de 2015

Na esteira de legislações brasileiras que adotaram expressamente modalidades de afetações patrimoniais, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) apresenta duas hipóteses de constituição de patrimônio de afetação. A primeira é a constituição de capital afetado para o fim de garantir condenação ao pagamento de prestação alimentícia decorrente de ato ilícito (artigo 533 do CPC/2015) e a segunda corresponde à afetação dos créditos advindos da venda de unidades autônomas sujeitas à execução de obra de incorporação imobiliária (artigo 833, XII do CPC/2015). Em ambos os casos, verifica-se o objetivo claro de proteger com maior afincamento partes consideradas frágeis em determinadas relações jurídicas.

Antes de adentrar a análise específica de cada uma das hipóteses supramencionadas, é necessário esclarecer que ambas foram inseridas no Livro II do Código de Processo Civil, denominado "Do Processo de Execução", de modo que se submetem – guardadas as especificidades do título – a alguns princípios comuns: (i) o princípio do título executivo, segundo o qual toda execução deve estar lastreada em um instrumento que a lei qualifica como título executivo; (ii) o princípio da (a) tipicidade das formas executivas, pelo qual o procedimento emprega técnica determinada ou não para os atos executivos; (iii) o princípio do resultado, segundo o qual há um predomínio da posição processual do credor; (iv) o princípio da responsabilidade patrimonial/pessoal, que prevê a responsabilidade patrimonial e pessoal do devedor; (v) o princípio da menor onerosidade da execução, pelo qual, sempre que a execução puder se desenvolver por mais de um meio, será feita do modo menos gravoso para o executado; (vi) o princípio da transparência patrimonial,

⁵⁴⁹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.119.

que facilita a busca de bens do devedor; e (vii) o princípio do contraditório, que pode ser mitigado em hipóteses limitadas.⁵⁵⁰

Feitas essas considerações, a seguir serão exploradas as duas espécies de patrimônios de afetação contempladas no Novo CPC.

4.4.2.1 A constituição de capital para garantia de prestação alimentícia decorrente de ato ilícito (artigo 533 do CPC/2015)

Antes de se enfrentar o tema da constituição de capital para garantia de prestação de alimentos advinda de ato ilícito, é preciso contextualizar as mudanças pelas quais a execução de alimentos passou no novo diploma processual civil.

A partir da entrada em vigor do CPC/2015, a execução de prestação alimentícia pode ocorrer de quatro formas distintas. A opção por uma dessas modalidades depende de dois fatores: (i) se o título é judicial ou extrajudicial; e (ii) se o período cobrado é inferior ou superior a 3 meses. Se o título for judicial, deve ser proposto o cumprimento da sentença, senão, será o caso de execução de título extrajudicial. Se a dívida compreender período inferior a três meses, o rito a ser adotado é o da prisão. Do contrário, deve-se observar o rito da expropriação, ou seja, do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa.⁵⁵¹

Segundo Luiz Dellore, o CPC/2015 trouxe importantes mudanças no procedimento da execução de alimentos: a) o artigo 528, § 1.º, do CPC/2015 traz a possibilidade de protesto do pronunciamento judicial em caso de inadimplemento

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2. p.709-717.

⁵⁵¹ De acordo com Luiz Dellore, é possível distinguir quatro situações, a saber: a) Execução de título extrajudicial, pelo rito da prisão: em se tratando de título extrajudicial vencido há menos de três meses, a parte pode proceder à execução do título, observando o procedimento dos artigos 911 e 912 do Código de Processo Civil; b) Execução de título extrajudicial, pelo rito da expropriação: quando o título executivo extrajudicial estiver vencido há mais de três meses – o que impossibilita a prisão do devedor – de acordo com o artigo 913 do CPC, a parte deve buscar a expropriação, utilizando-se do procedimento para execução por quantia certa, descrito nos artigos 824 e seguintes do Código de Processo Civil; c) Cumprimento de sentença ou de decisão interlocutória, pelo rito da prisão: quando a obrigação alimentar decorre de decisão judicial proferida há menos de três meses, o exequente deverá fazer uso do procedimento de cumprimento de sentença descrito nos artigos 528 a 533 do Código de Processo Civil e d) Cumprimento de sentença ou de decisão interlocutória, pelo rito da expropriação: quando o título judicial houver sido proferido há mais de três meses – o que inviabiliza a prisão do devedor – deve-se observar o procedimento dos artigos 523 a 527 do Código de Processo Civil, em razão do teor do artigo 528, § 8.º, do mesmo Código. (DELLORE, Luiz. **O que acontece com o devedor de alimentos no Novo CPC?** Disponível em: <<http://goo.gl/s78VBQ>>. Acesso em: 13 abr. 2016).

injustificado; b) o artigo 528, § 4.º, do CPC/2015 expressamente dispõe que a prisão será cumprida em regime fechado; c) o artigo 529, § 3.º, do CPC/2015 prevê o desconto em folha de pagamento de alimentos vencidos, desde que, somados aos vincendos, não ultrapassem o limite de 50% dos ganhos líquidos; d) a possibilidade de prisão no cumprimento de sentença; e) a previsão expressa de cumprimento de sentença, sob pena de penhora; f) a execução de alimentos fundada em título extrajudicial, com possibilidade de prisão; e g) a desnecessidade de citação do executado para a prisão pelo descumprimento de sentença que traz obrigação de prestar alimentos.⁵⁵²

Bernardo Ribeiro Câmara e Thássyla Martins Athayde Lobato sustentam que o artigo 528 do CPC/2015 colocou fim à discussão antes existente no sentido de que o cumprimento de sentença não poderia ser aplicado à execução de alimentos e acerca da inaplicabilidade da multa de 10% sobre o valor do débito, incidente em razão do inadimplemento no prazo fixado para cumprimento voluntário da obrigação.⁵⁵³

Além dessas relevantes mudanças, dentro do capítulo concernente ao cumprimento de sentença que reconhece obrigação de pagar alimentos, o artigo 533 do CPC/2015 dispõe sobre a possibilidade de o exequente formular requerimento para que o executado constitua capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão alimentícia fixada em razão de condenação por ato ilícito.⁵⁵⁴

Assim, em ações de indenização por ato ilícito, quando também houver condenação ao pagamento de prestação de alimentos, o exequente poderá formular

⁵⁵² DELLORE, Luiz. **O que acontece com o devedor de alimentos no Novo CPC?** Disponível em: <<http://goo.gl/s78VBQ>>. Acesso em: 13 abr. 2016. De modo semelhante, Manuelle Senra Colla ressalta as alterações realizadas na execução de alimentos pelo Código de Processo Civil: a) impõe o regime fechado em caso de prisão; b) possibilita o protesto da decisão inadimplida, o que é válido para todas as modalidades executórias e não apenas para a execução de alimentos; c) nas execuções de alimentos, admite-se o protesto de ofício do título e antes do trânsito em julgado de eventual decisão judicial; e d) a previsão das quatro formas diferentes de execução dos alimentos. (COLLA, Manuelle Senra. **Novo CPC endurece normas para devedores de alimentos**. Disponível em: <<http://goo.gl/sD97t5>>. Acesso em: 13 abr. 2016).

⁵⁵³ CÂMARA, Bernardo Ribeiro; LOBATO, Thássyla Martins Athayde. **A execução de alimentos no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://goo.gl/lam3YC>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

⁵⁵⁴ Luiz Dellore e Rafael Calmon Rangel citam como exemplos de créditos alimentares devidos em razão de ato ilícito "o valor devido a um filho pelo motorista que atropelou e matou seu pai ou o *quantum* devido por uma companhia aérea à esposa, pela queda de um avião que resultou no óbito do marido". (DELLORE, Luiz; RANGEL, Rafael Calmon. **Novo CPC: cabe prisão do devedor de alimentos por ato ilícito?** Disponível em: <<http://goo.gl/r2dFcY>>. Acesso em: 13 abr. 2016).

requerimento ao juiz para que determine ao executado que constitua capital específico para garantir o pagamento da pensão alimentícia. A importância desse dispositivo para a presente tese consiste no fato de que se trata de previsão inovadora de patrimônio de afetação em sede de obrigação alimentar no CPC/2015.

Inspirado no artigo 475-Q do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973)⁵⁵⁵, o atual artigo 533 do CPC/2015 foi sensivelmente alterado ao longo do trâmite do Projeto de Lei n.º 8.046/2010, que deu origem ao CPC/2015. Inserido no tópico do cumprimento de sentença e no título "do cumprimento da obrigação de indenizar decorrente de ato ilícito", o artigo 498 do Anteprojeto de Código de Processo Civil previa o seguinte:

Art. 498. Quando a indenização por ato ilícito prevista na sentença incluir prestação de alimentos, caberá ao devedor constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1.º Esse capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do credor em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

§ 4.º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário mínimo.

§ 5.º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

⁵⁵⁵ Art. 475-Q do Código de Processo Civil de 1973: "Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005) § 1.º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor. § 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz. § 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação. § 4.º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo. § 5.º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas". (Dispositivo incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005).

Logo, inicialmente não havia previsão de afetação patrimonial. Posteriormente, com as supressões, inclusões e modificações realizadas sucessivamente durante os trâmites do projeto, o dispositivo foi enumerado como o art. 518 do CPC/2015 e seu § 1.º passou por cinco emendas na Comissão Especial do Código de Processo Civil junto à Câmara dos Deputados:

QUADRO 1 - RELAÇÃO DE EMENDAS APRESENTADAS À CÂMARA DE DEPUTADOS PROPONDO A ALTERAÇÃO DO § 1.º DO ART. 518 DO ENTÃO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

EMENDA	DATA	DEPUTADO	TEOR
92/2011	27/09/2011	Nelson Marchezan Junior	§ 1.º Esse capital, representado por imóveis ou direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.
162/2011	06/10/2011	Paes Landim	§ 1.º Esse capital, representado por imóveis ou direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.
201/2011	20/10/2011	Benjamin Maranhão	§ 1.º Esse capital, representado por imóveis ou direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.
362/2011	18/11/2011	Júnior Coimbra	§ 1.º Esse capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações em instituições financeiras, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.
460/2011	24/11/2011	Paulo Abi-Ackel	§ 1.º Esse capital, representado por imóveis ou direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

FONTE: O autor.

Foi apenas com as emendas realizadas perante o Senado Federal que o artigo 533, § 1.º, do CPC/2015 passou a prever que o capital constituir-se-á em patrimônio de afetação, ganhando os contornos atuais do dispositivo.

O referido dispositivo não consiste em novidade absoluta, pois apenas amplia o que já estava previsto no artigo 475-Q do CPC/1973. Veja-se a comparação entre os dois dispositivos:

QUADRO 2 - QUADRO COMPARATIVO ENTRE O ART. 475-Q DO CPC/73 E O ART. 533 DO CPC/2015

ART. 475-Q DO CPC/1973	ART. 533 DO CPC/2015
Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.	Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente , constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.
§ 1.º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor .	§ 1.º O capital a que se refere o caput , representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação , títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação .
§ 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor , por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.	§ 2.º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado , por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.
§ 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.	§ 3.º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.
§ 4.º Os alimentos podem ser fixados tomando por base o salário-mínimo.	§ 4.º A prestação alimentícia poderá ser fixada tomando por base o salário-mínimo.
§ 5.º Cessada a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.	§ 5.º Finda a obrigação de prestar alimentos, o juiz mandará liberar o capital, cessar o desconto em folha ou cancelar as garantias prestadas.

FONTE: O autor.

Como se depreende do diagrama acima, o CPC/2015 não trouxe tantas mudanças na previsão da constituição de capital para garantia da prestação alimentícia. Ao se cotejar os parágrafos terceiro, quarto e quinto dos artigos 475-Q do CPC/1973 e 533 do CPC/2015, verifica-se que permanecem quase inalterados, foram substituídas por palavras ou pequenas expressões sinônimas. Em síntese, três pontos sofreram mudanças relativamente importantes: (i) a providência depende de requerimento do exequente; (ii) o Código prevê expressamente que o capital se constitui em patrimônio de afetação; e (iii) ampliou-se o objeto do capital de "imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial" (art. 475-Q, § 1.º, CPC/1973) para "imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial" (art. 533, § 1.º, CPC/2015).⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ Bernardo Ribeiro Câmara e Thássyla Martins Athayde Lobato explicam que o artigo 533 do Código de Processo Civil se refere à obrigação descrita nos artigos 948, II, e 950 do Código Civil e possibilita que direitos reais sobre imóveis figurem como garantia de crédito alimentar: "A obrigação de prestar alimentos não é devida apenas quando existe relação de parentesco, mas também quando da ocorrência de ato ilícito que incapacite o ofendido de exercer seu ofício ou profissão de forma total ou parcial, nos termos do artigo 950 do Código Civil e também no caso de homicídio, caso em que o ofensor se obriga a prestar alimentos à família do ofendido, conforme o

Segundo Cristiano Imhof e Bertha Steckert Rezende, houve relevante modificação na redação do *caput* do dispositivo, de modo que, se na vigência do CPC/1973, "era facultado ao juiz ordenar ao devedor a constituição de capital, cuja renda assegurasse o pagamento do valor mensal da pensão", "agora, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir esse capital".⁵⁵⁷ Os autores esclarecem que, além de manter a previsão de que o capital constituído será inalienável e impenhorável, o CPC/2015 prevê que o capital "representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial" constituir-se-á em patrimônio de afetação.⁵⁵⁸

Nesse sentido, uma análise mais acurada do art. 533 do CPC/2015 demonstra uma alteração substancial em relação aos efeitos produzidos pelo capital constituído para a garantia dos alimentos oriundos de indenização por ato ilícito: a sua qualificação como patrimônio de afetação. A inclusão dessa expressão ao final do parágrafo primeiro do art. 533 produz uma considerável modificação nos efeitos produzidos por essa massa patrimonial. Isso ocorre porque, ao ser predicado como patrimônio de afetação, esse capital se torna apartado do patrimônio do executado e, por conseguinte, fica imune à cobrança de eventuais dívidas que o executado possua, sejam elas de qualquer natureza (trabalhista, tributária, civil). Logo, além de inalienável e impenhorável, a massa patrimonial fica inatingível em relação a outras dívidas ou obrigações que possam recair sobre o executado.

Infelizmente, a doutrina processualista parece não ter compreendido a magnitude e o alcance dessa alteração. Ao se consultar as principais obras dedicadas ao CPC/2015, mesmo nas vocacionadas a comentar de modo pormenorizado os artigos do novo diploma⁵⁵⁹, percebe-se que nenhum deles explica as repercussões

artigo 948, inciso II, também do Código Civil. Tal mudança consiste na possibilidade de os direitos reais sobre imóveis, previstos no artigo 1225 do Código Civil, figurarem como garantia do crédito alimentar. Essa medida diminui os riscos de inadimplemento por parte do devedor e consequentemente aumenta as chances de adimplemento do crédito alimentar, pois caso o devedor não tenha um imóvel poderá, por exemplo, dar uma hipoteca como garantia". (CÂMARA, Bernardo Ribeiro; LOBATO, Thássyla Martins Athayde. **A execução de alimentos no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://goo.gl/lam3YC>>. Acesso em: 13 abr. 2016).

⁵⁵⁷ IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. **Novo código de processo civil comentado**: anotado artigo por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.524.

⁵⁵⁸ IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. **Novo código de processo civil comentado**: anotado artigo por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p.524-525.

⁵⁵⁹ Foram consultadas as seguintes obras: IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. **Novo código de processo civil comentado**: anotado artigo por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista

do capital constituído para pagamentos decorrentes de ato ilícito ser predicado como patrimônio de afetação.

Crê-se que o silêncio eloquente da doutrina pode ser proveniente da ausência de uma teoria geral do patrimônio de afetação no ordenamento jurídico brasileiro. O tratamento dos patrimônios de afetação está sendo episódico e, portanto, não está havendo ampla divulgação das espécies existentes e de seus efeitos.

Um aspecto sobre o qual poderá haver dúvidas na aplicação do art. 533 do CPC/2015 é a extensão de sua aplicação aos alimentos decorrentes de relações de parentesco.⁵⁶⁰ Em tese, não se vislumbra óbice a essa possibilidade, por três motivos: a) em razão da importância do cumprimento da obrigação de prestar alimentos, que – seja qual for a sua espécie: se decorrentes de vínculos familiares ou indenizatórios – se prestam a garantir a sobrevivência, a vida do indivíduo; b) em

dos Tribunais, 2015; DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: comparativo com o Código de 1973**. Salvador: JusPODIVM, 2015; NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. **CPC referenciado: Lei n.º 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015; MACHADO, Costa. **Novo CPC: sintetizado e resumido**. São Paulo: Atlas, 2015.

⁵⁶⁰ Outro importante debate que emergiu da inserção da previsão de alimentos por ato ilícito no capítulo destinado ao cumprimento de sentença que reconhece obrigação de prestar alimentos pelo CPC de 2015 é a possibilidade ou não de estender a prisão civil ao devedor de alimentos indenizatórios. De um lado, Rafael Calmon Rangel critica a inserção do artigo 533 dentro do tópico concernente ao cumprimento da sentença que reconhece obrigação alimentar, afirmando que as causas são tão distintas que justificariam a criação de tópico específico: "Todavia, penso que as causas jurídicas que originam uma e outra verba são tão distintas, que a aplicabilidade restritiva da prisão civil se mostre não só adequada, como absolutamente necessária. Mesmo ciente de que os estreitos limites deste ensaio impediriam a diferenciação pormenorizada dos institutos, não custa lembrar que a causa jurídica dos alimentos legítimos reside na solidariedade humana que permeia as relações familiares (CC, art. 1.694 e ss.), sendo, por isso objeto de especial proteção do Estado (CR, art. 226), ao passo que a dos indenizatórios reside na prática de ato ilícito (CC, arts. 948, II, 950 e 951) e não possui guarida específica a nível constitucional. Também parece ser conveniente ressaltar que apenas os primeiros interessam à ordem pública, justamente por se relacionarem diretamente com os direitos da personalidade, enquanto estes se revestem de índole nitidamente privada, interessando mais de perto aos direitos obrigacionais. Não por outro motivo, apenas o inadimplemento dos primeiros configura, em tese, fato previsto como crime (CP, art. 244)". (DELLORE, Luiz; RANGEL, Rafael Calmon. **Novo CPC: cabe prisão do devedor de alimentos por ato ilícito?** Disponível em: <<http://goo.gl/r2dFcY>>. Acesso em: 13 abr. 2016). O entendimento do autor é de que a prisão civil não pode se estender à obrigação alimentar decorrente de ato ilícito, porque "a norma que se constrói a partir da leitura do enunciado do art. 5.º, LXVII da CR/88 é no sentido de que apenas e tão somente o débito alimentar proveniente das relações plúrimas de família autoriza a excepcionalíssima medida da prisão civil". Afirma, ainda, de que chega a configurar um retrocesso às conquistas alcançadas quanto aos direitos fundamentais. Por sua vez, Luiz Dellore defende que a prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios é uma faculdade do legislador, uma vez que o legislador constituinte e o Pacto de San Jose da Costa Rica não diferenciam as modalidades de alimentos para esses fins. Para o autor, o artigo 533 do CPC possibilita a prisão civil do devedor de alimentos indenizatórios, pois sua inserção no tópico do cumprimento de sentença que fixa obrigação alimentar constitui uma equiparação dos alimentos indenizatórios aos alimentos legítimos.

face da inexistência de previsão legal em sentido contrário; e c) tendo em vista que o artigo 533 do CPC/2015 foi inserido pelo legislador dentro do tópico concernente ao cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de prestar alimentos (que engloba as duas espécies alimentares).

Quanto às medidas coercitivas, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que o juiz pode determinar o emprego de medidas de coerção ou indução a fim de constranger o executado a cumprir a obrigação de constituir o capital, e citam precedente nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO OCASIONADO POR DEFEITO NO PNEU DO VEÍCULO - VÍTIMA ACOMETIDA DE TETRAPLEGIA - ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FABRICANTE DE PNEU E DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR PARA FIXAR PENSIONAMENTO VITALÍCIO E DETERMINAR A CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR OU CAUÇÃO FIDEJUSSÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. 1. O termo inicial para o pensionamento vitalício, em caso de responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, é a data do fato ensejador da reparação, qual seja, o evento danoso. 2. No cálculo da pensão vitalícia deve-se tomar por base os valores dos salários-mínimos correspondentes a cada período transcorrido desde o acidente. 3. É cabível a cominação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de fazer consistente na constituição de capital garantidor ou caução fidejussória. 4. Embargos de declaração acolhidos.⁵⁶¹

Os autores defendem que a lista de bens do artigo 533, § 1.º, do CPC/2015 é exaustiva, sendo vedada a constituição de capital representado por outros bens ou valores não arrolados expressamente pelo legislador.⁵⁶² Sustentam, ainda, que o artigo 533 do CPC/2015 não dá ao juiz a faculdade de indeferir o pedido, aplicando-se a Súmula n.º 313 do STJ: "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado".⁵⁶³

⁵⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª Turma. **Embargos de declaração no recurso especial n.º 1281742/SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/fDjOz1>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

⁵⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.565.

⁵⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª Seção. **Súmula n.º 313**. Brasília, 25 de maio de 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/qtKAcu>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

Por outro lado, o juiz pode controlar a constituição de capital, substituindo-a ou modificando-a, em conformidade com os parágrafos segundo e terceiro do artigo mencionado, respectivamente.⁵⁶⁴ Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira explicam que se admite o desconto em folha de pagamento dos alimentos pretéritos e futuros em execução contra sociedades "solváveis e pontuais".⁵⁶⁵

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery criticam a previsão do artigo 533, § 2.º, do CPC/2015:

Essa previsão, que já constava do CPC/1973 475-Q, cria notória insegurança à parte credora, já que a norma não obriga o juiz a se lastrear em questões técnicas ou fáticas para a fixação do valor. Note-se que a sentença não pode conter dispositivo ilíquido e, caso o tenha, ele deverá ser devidamente definido por meio da liquidação da sentença – o que também torna a regra deste parágrafo desconforme com o sistema processual.⁵⁶⁶

Por sua vez, Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira afirmam que a constituição de capital não é medida imperativa ao juiz e "deve ser ordenada expressamente pelo magistrado em preceito da sentença, dada na fase de conhecimento", "em liquidação ou em interlocutória na própria execução".⁵⁶⁷

Por fim, o artigo 533, § 5.º, do CPC/2015 prevê que, cessando a obrigação, o juiz deve determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a liberação do capital, a cessação do desconto em folha ou o cancelamento das garantias prestadas.⁵⁶⁸

Sendo assim, entende-se que a inclusão da expressão patrimônio de afetação no art. 533 do CPC/2015 o torna substancialmente diverso do art. 475-Q do CPC/1973, ampliando a efetividade do capital constituído para pagamento de indenização por ato ilícito. Espera-se que a doutrina e a jurisprudência compreendam o sentido e o alcance de tal mudança e apliquem adequadamente essa espécie de patrimônio de afetação recém-criada.

⁵⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.566.

⁵⁶⁵ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: execução**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.5. p.721.

⁵⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1323.

⁵⁶⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: execução**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.5. p.720.

⁵⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.566.

4.4.2.2 A impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária (artigo 833, XII do CPC/2015)

Na última década, o mercado imobiliário vivenciou um pujante crescimento, caracterizado pelo aumento dos empreendimentos lançados e pela rapidez na venda de unidades autônomas. Tudo isso foi possibilitado pela facilidade de financiamento e por programas habitacionais de grande porte.⁵⁶⁹ Lamentavelmente, esse cenário tem se alterado nos últimos anos em virtude de diversos fatores, tais como a crise econômica e os impactos da situação política instável de nosso país.

Nesse contexto, a aquisição da casa própria pelo consumidor deve ser realizada com extrema cautela. Tornou-se ainda mais importante uma leitura atenta do compromisso de compra e venda, de preferência realizada por um(a) advogado(a), e da matrícula do imóvel adquirido para verificar se a incorporação imobiliária constitui um patrimônio de afetação.

O patrimônio de afetação – compreendido como uma massa patrimonial separada do patrimônio do incorporador, que só responde por dívidas e obrigações que sejam relacionadas à incorporação – foi introduzido no direito brasileiro por meio da alteração da Lei de Incorporação Imobiliária (Lei n.º 4.591/1964) pela MP n.º 2.221/2001, convertida na Lei n.º 10.931/2004. O escopo dessa segregação patrimonial seria a finalização da incorporação, com a entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, havendo uma sensível redução de riscos de uma administração inadequada dos recursos destinados ao empreendimento.⁵⁷⁰

Limita-se, assim, a atuação do incorporador, o qual é responsabilizado pelos prejuízos que acarretar ao patrimônio afetado. Desse modo, os bens componentes do patrimônio de afetação apenas poderão figurar como objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja totalmente destinado à finalização da obra incorporada.⁵⁷¹

Embora o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária exista no país desde 2001, lamentavelmente ainda é bastante desconhecido dos cidadãos brasileiros. De modo singelo, por meio do patrimônio de afetação, a incorporação imobiliária se

⁵⁶⁹ Para uma visão mais detalhada, ver LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

⁵⁷⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.70.

⁵⁷¹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.311.

torna incomunicável com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos.

A importante consequência é que os bens componentes dessa massa patrimonial apartada somente respondem por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. Além disso, em caso de falência da construtora, os efeitos de tal decretação ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, de modo que não integram a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação. Isso facilita muito as chances de o imóvel ser finalizado de modo adequado, tal como ou muito próximo ao previsto no memorial descritivo da obra.

Em síntese, é possível evitar que o consumidor venha a perder os valores dispendidos – não raro amealhados à duras penas durante toda a vida – tendo que ajuizar ação contra a construtora falida para tentar – com poucas chances de êxito – receber o que pagou.

Apesar dessas vantagens evidentes aos consumidores, infelizmente o patrimônio de afetação não era muito utilizado, pois se via dificuldade na realização de contabilidade apartada, bem como pelo fato de o regime tributário à época não ser benéfico.

Felizmente, em 2013 foi sancionada a Lei n.º 12.844, de 19 de julho de 2013, que, entre outras disposições, alterou o regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias que optarem pela afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação, com redução da tributação sobre a receita mensal de 6% para 4%, correspondente a Imposto de Renda, PIS/PASEP, CSLL e COFINS. Ademais, para obras de interesse social enquadradas no Programa "Minha casa, minha vida"⁵⁷², a alíquota passou a ser de 1% sobre a base de cálculo. Com tais vantagens fiscais, possibilitou-se em muito o crescimento do número de empreendimentos que passaram a optar pelo uso do patrimônio de afetação.

Em conformidade com a importância do instituto no mercado imobiliário brasileiro e com sua evolução no ordenamento jurídico pátrio, o CPC/2015 inovou ao estabelecer expressamente a impenhorabilidade dos créditos vinculados à execução de obra e oriundos de alienação de unidades imobiliárias sob o regime de incorporação imobiliária:

⁵⁷² A definição de obras de interesse social é feita pelo seu valor, o que também foi alterado de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

[...]

§ 1.º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

O dispositivo apresenta verdadeiro aprimoramento no instituto, vez que, ainda que a incorporadora não opte pela afetação do patrimônio, a legislação prevê a impenhorabilidade dos créditos oriundos das vendas de unidades do empreendimento.⁵⁷³ Logo, a proteção aos adquirentes passa a incidir por conta de previsão legal e independentemente dos atos do alienante. Nesse sentido, Melhim Namem Chalhub reconhece o avanço e importância do dispositivo:

Em relação ao negócio da incorporação imobiliária, o novo CPC torna impenhoráveis os 'créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob o regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra' (art. 833, XII), preservando, assim, os recursos destinados à execução da obra e à entrega dos imóveis aos adquirentes, de modo a assegurar a realização do programa contratual.

A impenhorabilidade confere especial eficácia ao regime jurídico da afetação patrimonial instituído pela Lei n.º 4.591/1964, que permite à empresa incorporadora separar do seu patrimônio cada empreendimento que vier a realizar e criar para ele um patrimônio de afetação, correspondente ao conjunto de direitos e obrigações vinculados especificamente à incorporação imobiliária afetada. Os recursos financeiros desse patrimônio de afetação 'serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação' (art. 31-A, § 6.º).

Como esclarece o autor, o Código de Processo Civil realiza uma segregação compulsória do patrimônio referente à obra, de modo que o adquirente independe do ato de afetação do referido patrimônio por parte da incorporadora. Logo, o avanço do CPC/2015 neste ponto consiste no fato de que a separação patrimonial decorre da previsão legal:

⁵⁷³ O artigo que dispunha sobre as hipóteses de impenhorabilidades no Anteprojeto do Código de Processo Civil era o artigo 758, que continha apenas onze incisos. Com os trâmites do Projeto perante o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, o artigo foi renumerado como artigo 790 do CPC. O inciso XII, que inclui os créditos oriundos da venda de unidades autônomas, somente foi inserido como hipótese de crédito impenhorável por força da Emenda n.º 100/2011, realizada pelo deputado federal Nelson Marchezan Junior, em 27 de setembro de 2011, com o seguinte teor: "Os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra". Por fim, após as sucessivas renumerações dos dispositivos do Código, o artigo 833 passou a prever as hipóteses de impenhorabilidade, inclusive o inciso XII, que foi mantido durante o trâmite do Projeto.

O CPC/2015 não só se alinha a essa concepção, mas consagra importante avanço, pois, enquanto a Lei n.º 4.591/1964 se limita a facultar à empresa criar um patrimônio separado e, nele, segregar os recursos para execução da obra, o novo CPC segrega compulsoriamente esses recursos pela via da impenhorabilidade. Enquanto a regra da Lei n.º 4.591 se aplica restritivamente às incorporações sob regime de afetação, a impenhorabilidade do CPC/2015 se aplica a toda e qualquer incorporação, acolhendo, aliás, interpretação já sinalizada pela jurisprudência.⁵⁷⁴

Trata-se de importante dispositivo para garantir a finalização do empreendimento, já que outros credores não poderão penhorar valores destinados à construção da obra, em evidente prejuízo aos adquirentes das unidades. Assim, resguardam-se os contratos de compra e venda das unidades imobiliárias, gerando segurança e previsibilidade nas relações jurídicas.

Chalhub afirma que o artigo 791 do CPC/2015 traz outra hipótese de segregação patrimonial, mas não o enquadra como patrimônio de afetação. Quando a execução tenha por objeto obrigação cujo sujeito passivo seja proprietário de terreno submetido a direito de superfície ou que seja o próprio superficiário, o mencionado artigo prevê que a penhora recairá exclusivamente sobre o terreno ou sobre a construção/plantação, respectivamente:

Art. 791. Se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, no segundo caso.

§ 1.º Os atos de constrição a que se refere o caput serão averbados separadamente na matrícula do imóvel, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno, a construção ou a plantação, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e pelas obrigações que a eles estão vinculadas.

§ 2.º Aplica-se, no que couber, o disposto neste artigo à enfiteuse, à concessão de uso especial para fins de moradia e à concessão de direito real de uso.

O teor desse dispositivo inicialmente integrava o § 3.º do art. 792 do Projeto de Lei n.º 8.046/2010, por força da Emenda n.º 423/2011, apresentada pelo deputado federal Nelson Marchezan Junior em 23 de novembro de 2011. Posteriormente, com

⁵⁷⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Novo CPC poderia reforçar segurança jurídica da afetação patrimonial**. Disponível em: <<http://goo.gl/TcyGxX>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

o trâmite do projeto, o parágrafo terceiro do artigo 792 transformou-se no artigo 791 do CPC/2015.

Chalhub sustenta que, assim como ocorre com a hipótese do artigo 833, XII, do Código de Processo Civil, por meio do artigo 791, o legislador também realiza uma separação patrimonial para proteger as partes de dívidas de outrem, ou seja, "demarca os limites da responsabilidade dos titulares de cada um desses patrimônios separados":

A concessão do direito de superfície dá origem a duas propriedades, uma sobre o solo e outra sobre a construção, ou plantação, que compõem dois patrimônios distintos, dotados de autonomia, um formado pelos direitos e obrigações vinculados à propriedade do solo e o outro à propriedade da construção. Para conferir efetividade a essa segregação patrimonial no campo processual, o art. 791 do novo CPC demarca os limites da responsabilidade dos titulares de cada um desses patrimônios separados, ao dispor que "[...] responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, no segundo caso."

Para maior clareza, o § 1.º do art. 791 dispõe que no ato de averbação da penhora, no Registro de Imóveis, sejam indicados o nome do executado, o valor do crédito e o objeto sobre o qual recai o gravame, além de outros elementos, "de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e pelas obrigações que a eles estão vinculadas" (§ 1.º do art. 791).⁵⁷⁵

Trata-se de dispositivo que visa resguardar os direitos do proprietário e do superficiário, de modo que a dívida de um não prejudique ou recaia sobre o patrimônio do outro.

De modo semelhante, o artigo 862, § 3.º, do CPC/2015 prevê que, nos casos em que a incorporadora devedora é responsável por edifício em construção, a penhora recaia exclusivamente sobre as unidades imobiliárias não comercializadas, de modo a não prejudicar os proprietários das unidades que já foram alienadas:

§ 3.º Em relação aos edifícios em construção sob regime de incorporação imobiliária, a penhora somente poderá recair sobre as unidades imobiliárias ainda não comercializadas pelo incorporador.

⁵⁷⁵ CHALHUB, Melhim Namem. **Novo CPC poderia reforçar segurança jurídica da afetação patrimonial**. Disponível em: <<http://goo.gl/TcyGxX>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Esse parágrafo foi inserido no artigo 862 do CPC/2015 por força da Emenda n.º 93/2011 do Projeto de Lei n.º 8.046/2010, apresentada pelo deputado federal Nelson Marchezan Junior, em 27 de setembro de 2011, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, destinada a emitir pareceres sobre o novo Código de Processo Civil.

Tal dispositivo considera que as unidades do empreendimento já alienadas pertencem a pessoa diversa das unidades que ainda se mantêm sob propriedade da incorporadora, de modo que o referido dispositivo consolidou a ideia de que os adquirentes não podem ser prejudicados pelas dívidas da incorporadora. Apesar de apresentarem separação patrimonial, as hipóteses dos artigos 791 e 862, § 3.º, do CPC/2015 não configuram e não se confundem com a constituição de patrimônio de afetação.

4.4.2.3 Críticas às disposições do CPC/ 2015

Como visto, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe duas hipóteses de patrimônio de afetação: (i) a constituição de capital para garantir condenação ao pagamento de pensão alimentícia por ato ilícito (artigo 533); e (ii) a impenhorabilidade dos créditos advindos da venda de unidades autônomas de incorporação imobiliária sujeita à execução (artigo 833, XII).

Tais dispositivos apresentam inegável importância no cenário do direito civil e do direito do consumidor, uma vez que o primeiro garante o cumprimento de obrigação de prestar alimentos decorrentes de ato ilícito e o segundo protege o direito à moradia dos adquirentes de unidades imobiliárias em prédio em construção.

Justamente por tutelarem direitos tão caros ao ser humano – alimentação e moradia, e, por consequência, vida e dignidade da pessoa humana – seria desejável que os artigos dispusessem com maior minúcia sobre as questões relacionadas ao patrimônio de afetação. Ocorre que os dispositivos são bastante vagos quanto ao modo de constituição deste patrimônio, seu funcionamento e suas particularidades.

Primeiramente, quanto à previsão do artigo 533 do CPC/2015, o legislador limitou-se a traçar um panorama geral do instituto, afirmando a possibilidade de uso, as hipóteses e o encerramento do capital. No entanto, existem diversas questões atinentes ao funcionamento prático que não foram estabelecidas ou explicitadas pela legislação. Por sua vez, a doutrina processual limita-se a comentar os artigos 475-Q

do CPC/1973 e 533 do CPC/2015 e refere-se apenas ao procedimento judicial do instituto. Questiona-se: na prática, como funcionará a constituição do patrimônio de afetação descrito no artigo 533 do CPC/2015?

Nesse sentido, Chalhub ressalta que, apesar de importantes, as inovações legislativas apresentam lacunas quanto a alguns pontos que pautariam a aplicação prática do patrimônio de afetação:

As inovações do CPC/2015 em relação às situações específicas de que trata são louváveis e constituem importante evolução do direito positivo, mas a omissão em relação à blindagem dos recursos dos patrimônios de afetação, em geral, merece ser considerada quando se apresentar oportunidade de revisão legislativa.

A regra da LREF poderia orientar o preenchimento dessa lacuna.

Nesse sentido, o art. 832 do CPC/2015, que exclui da execução os bens impenhoráveis e inalienáveis, poderia estender a exclusão aos bens submetidos ao regime legal de afetação, exceto, naturalmente, em relação às obrigações relacionadas ao objeto do patrimônio de afetação, pelas quais esses bens respondem e, obviamente, podem ser objeto de constrição e expropriação.

É verdade que a falta de norma processual sobre a matéria não chega a prejudicar a eficácia da limitação de responsabilidade patrimonial prevista nas normas de direito material, mas o tratamento da matéria no âmbito do processo de execução contribuiria para reforçar a segurança jurídica em relação ao regime legal da afetação patrimonial, operando como elemento catalisador do desenvolvimento econômico e de integração dos negócios no cenário mais abrangente da economia global.⁵⁷⁶

De fato, reconhece-se que os dispositivos do Código de Processo Civil consistem em modificações positivas e que fornecem considerável segurança jurídica na fase de cumprimento de sentença e nos processos de execução. Não bastasse isso, o art. 833, XII, do CPC/2015 resguarda a integridade da obra, evitando que o inadimplemento da incorporadora em relação a outras obrigações jurídicas afete os adquirentes e prejudique a concretização e finalização do empreendimento, diminuindo os efeitos nefastos de eventual inadimplemento "em cascata". Isso porque, o descumprimento da obrigação que importaria em penhora de créditos relacionados a obra, em tese, impediria que tais valores fossem investidos na conclusão do empreendimento, gerando inadimplência da incorporadora também em relação aos adquirentes.

⁵⁷⁶ CHALHUB, Melhim Namem. **Novo CPC poderia reforçar segurança jurídica da afetação patrimonial**. Disponível em: <<http://goo.gl/TcyGxX>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Verifica-se, todavia, que o legislador perdeu a oportunidade de reger de forma mais completa e aprofundada as minúcias do instituto, dispondo sobre questões práticas e procedimentais que, inevitavelmente, precisarão ser abordadas e esclarecidas pela doutrina e pela jurisprudência em um futuro próximo.

4.4.3 As diferenças entre a sociedade de propósito específico e o patrimônio de afetação

As incorporações imobiliárias são regidas pela Lei n.º 4.591, de 1964, a qual prevê a possibilidade de que apresentem diferentes estruturas para fornecer maior segurança aos compradores e financiadores das unidades imobiliárias.

Todavia, os desdobramentos do caso "Encol"⁵⁷⁷ ampliaram a preocupação do legislador em proteger os adquirentes e financiadores dos riscos advindos da compra de imóveis na planta. Nesse sentido, destacam-se duas figuras: a Sociedade de Propósito Específico e o Patrimônio de Afetação.

Como visto, a segregação ou separação patrimonial pode ser entendida – ressaltando-se posicionamentos contrários – como exceção à teoria francesa da unicidade patrimonial, segundo a qual a cada indivíduo corresponde apenas um patrimônio. No Brasil, existem algumas hipóteses de separação patrimonial, ou seja, casos específicos em que a legislação autoriza que o indivíduo possua mais de um patrimônio. Essas hipóteses submetem-se ao princípio da taxatividade dos patrimônios segregados, segundo o qual a separação patrimonial depende de previsão legal.

Ao tratar desse princípio, Milena Donato Oliva explica que "o patrimônio especial, assim como o geral, traduz objeto de direito autônomo em relação aos seus componentes" e, "por constituir universalidade de direito, isto é, centro autônomo de imputação objetiva decorrente da unificação ideal de situações jurídicas subjetivas ativas, necessita de lei para sua criação".⁵⁷⁸

É justamente o que ocorre com a Sociedade de Propósito Específico e com o Patrimônio de Afetação: ambos consistem em hipóteses de separação

⁵⁷⁷ Sobre o tema, ver CÂMARA, Hamilton Quirino. **Falência do incorporador imobiliário**: o caso Encol. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SOUZA, Pedro Paulo de. **Encol**: o sequestro. Goiânia: Bremen, 2010.

⁵⁷⁸ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.275.

patrimonial⁵⁷⁹, previstos em legislação especial, mas apresentam origens, características e finalidades distintas.

Referindo-se especificamente ao Patrimônio de Afetação, Chalhub destaca que as hipóteses de patrimônio separado dependem de previsão legal e são limitadas pelas prescrições legislativas, pois a separação do patrimônio pode ocasionar a redução da garantia dos credores e será ineficaz, se caracterizar fraude à execução, ou anulável, se houver fraude contra credores.⁵⁸⁰

Todavia, o autor explica que o patrimônio segregado não se desvincula completamente do patrimônio geral do incorporador, tendo em vista que a autonomia do patrimônio especial é apenas funcional e deve ser interpretada de acordo com as funções da afetação. Assim, o patrimônio com destinação especial permanece dentro do patrimônio geral do incorporador e se submete à disciplina especial para cumprir o objetivo de conclusão da obra e entrega das unidades.⁵⁸¹

Sobre as vantagens da separação patrimonial, Aldo Dórea Mattos explica que o instituto é visto com bons olhos pelas instituições financeiras, sendo que "a maioria das entidades de financiamento só libera recursos para projetos com algum tipo de segregação patrimonial, por haver maior transparência, solidez e credibilidade".⁵⁸²

É necessário destacar que "a separação patrimonial pode ser perfeita ou absoluta e imperfeita ou relativa", sendo que, nesta última hipótese, se o patrimônio especial não for suficiente para cobrir suas próprias dívidas, o credor poderá atingir o patrimônio geral:

⁵⁷⁹ Importante ressaltar que a separação patrimonial não se confunde com limitação da responsabilidade. Tratam-se de institutos diversos. Nesse sentido, explica Milena Donato Oliva: "As hipóteses de limitação de responsabilidade são previstas em lei para afastar certos bens integrantes do patrimônio do devedor da ação executiva dos credores, como no caso do bem da família ou dos bens impenhoráveis previstos no Código de Processo Civil. O patrimônio afetado, por outro lado, surge com vistas à realização de determinado escopo, para cujo alcance serve de garantia somente aos credores pertinentes com a finalidade de sua unificação, de modo que se verifica diferenciação do objeto de garantia dos credores, não já limitação de responsabilidade atinente ao conteúdo deste objeto. Dito diversamente, as hipóteses de limitação de responsabilidade visam excluir, dentro da universalidade que serve de garantia aos credores, o poder de excussão destes sobre determinados bens, ao passo que os casos de segregação patrimonial se referem à criação de distintas universalidades, cada qual servindo de garantia a débitos próprios". (OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.231-232).

⁵⁸⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.255.

⁵⁸¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.96.

⁵⁸² MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.110.

Dito diversamente, em se tratando de separação patrimonial perfeita, o patrimônio geral se mostra insensível às vicissitudes atinentes ao especial. Neste caso, o liame existente entre os patrimônios geral e especial constitui somente o vínculo extrínseco se pertencerem ao mesmo titular. O patrimônio geral, entretanto, a depender do tipo de afetação patrimonial criada pela lei, pode ter responsabilidade subsidiária em relação aos débitos pertinentes ao patrimônio separado, a denotar autonomia patrimonial imperfeita.

Portanto, nos casos de separação imperfeita os débitos referentes à massa patrimonial autônoma gravam o patrimônio geral. Em tais hipóteses, o patrimônio geral figura como objeto subsidiário de garantia dos credores relacionados à persecução do fim que justifica a afetação patrimonial. Neste sentido, se os elementos da universalidade patrimonial separada não forem suficientes à satisfação de seus credores, podem ser excutidos os bens integrantes do patrimônio geral.⁵⁸³

Disto se extrai que, em se tratando de separação relativa ou imperfeita, os credores do patrimônio especial poderão buscar o adimplemento em face do patrimônio geral, caso aquele não seja suficiente para encerrar a dívida. Essa questão é de grande importância tanto para a Sociedade de Propósito Específico quanto para o Patrimônio de Afetação.

Após uma análise das origens e principais características da Sociedade de Propósito Específico e do Patrimônio de Afetação, têm-se elementos suficientes para distingui-los. Em síntese, a única semelhança entre os institutos é que ambos consistem em modalidades de separação patrimonial para uma determinada finalidade. Logo, são mecanismos de minoração de riscos e quando os propósitos específicos que possuem são cumpridos, essas figuras são extintas.

A primeira diferença entre o Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico reside em suas naturezas jurídicas. Enquanto o primeiro é um ente jurídico despersonalizado, uma massa patrimonial, a segunda é uma pessoa jurídica, portanto, titular de personalidade jurídica.

Mattos lista algumas vantagens na constituição de uma Sociedade de Propósito Específico. Nesse sentido, destaca a praticidade da escrituração contábil e auditoria dessas empresas, em razão da personalidade jurídica independente e da contabilidade separada dos sócios.⁵⁸⁴

⁵⁸³ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.241.

⁵⁸⁴ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.109.

O autor esclarece, ainda, que as SPEs (i) não possuem Comissão de Representantes; (ii) não necessitam elaborar demonstrativos trimestrais; (iii) não impedem a comunicação de recursos entre empreendimentos; (iv) não estão blindadas contra a falência e entram na massa falida; e (v) podem ser constituídas após o início da obra, mas os ativos necessitam ser vendidos a ela e sobre essa alienação incidem altos impostos.⁵⁸⁵

O autor destaca as finalidades diversas dos institutos:

A SPE dá flexibilidade para a composição societária das partes envolvidas e limita os riscos dos investidores àquela SPE, sem comunicação com outros negócios dos sócios.⁵⁸⁶

[...]

O Patrimônio de Afetação, por sua vez, possui como finalidade central proteger os adquirentes, tanto ao blindar os recursos do empreendimento quanto ao conferir aos compradores o direito de assumir a conclusão da obra no caso de falência do incorporador. Como forma de segregação, o PA é um instrumento muito mais completo do que a SPE.⁵⁸⁷

Disto se extrai que, enquanto o Patrimônio de Afetação dirige-se à proteção dos adquirentes, a Sociedade de Propósito Específico visa à proteção dos sócios-investidores. Como os institutos não são antagônicos, pelo contrário, Mattos sugere que sejam empregados cumulativamente em uma incorporação, a fim de aliar a segurança jurídica dos adquirentes decorrente do Patrimônio de Afetação com a flexibilidade societária das Sociedades de Propósito Específico, por meio do emprego daquele instituto dentro desta pessoa jurídica.⁵⁸⁸

Note-se que a contabilidade representa situação peculiar caso a Sociedade de Propósito Específico constitua um Patrimônio de Afetação:

Mesmo se tratando de Sociedade de Propósito Específico-SPE ou incorporadora com um único empreendimento, para a administração do caixa do PA o incorporador deve manter conta corrente bancária distinta para o PA e para SPE com a identificação precisa dos recursos que podem ser sacados e até

⁵⁸⁵ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.110.

⁵⁸⁶ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.109.

⁵⁸⁷ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.110.

⁵⁸⁸ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.112.

distribuídos aos sócios, inclusive para atender à legislação tributária, uma vez que a SPE terá tributação diferenciada podendo ser optante pelo lucro real ou presumido na tributação de suas próprias receitas.⁵⁸⁹

Resumidamente, pode-se dizer que os institutos consistem em hipóteses de separação patrimonial que apresentam inúmeras diferenças, a saber: (i) a natureza jurídica; (ii) a finalidade; (iii) a contabilidade; (iv) a tributação; (v) o momento de constituição; (vi) as regras de prestação de contas; (vii) a Comissão de Representantes; e (viii) as regras em caso de falência. Entretanto, verifica-se que não se contrapõem e podem ser grandes aliados para garantir a proteção devida aos adquirentes e, ao mesmo tempo, maior flexibilidade societária e melhor regime tributário aos empresários.

4.5 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A sociedade em conta de participação (SCP) está prevista nos artigos 983, parágrafo único, 991 a 996 e 1.162 do Código Civil. Na condição de sociedade não personificada, foi inserida no Capítulo II, Subtítulo I (da sociedade não personificada), Capítulo único (disposições gerais), Título II (da sociedade), do Livro II (do direito de empresa) da parte especial do Código Civil. Anteriormente, era regulamentada pelos artigos 325 a 328 do Código Comercial de 1850.

A SCP, em verdade, não constitui uma sociedade. Marcelo M. Bertoldi e Márcia Carla Pereira Ribeiro esclarecem que a conta em participação não configura sociedade ou pessoa jurídica porque possui patrimônio próprio e não precisa ser constituída por documento escrito ou registrada perante o Registro Público de Empresas Mercantis. Para os autores, em verdade, trata-se de contrato de participação.⁵⁹⁰

Assim, poderia ser definida como um acordo entre os sócios para atingir uma finalidade, caracterizando-se por um contrato, não necessariamente escrito, por meio do qual duas ou mais pessoas acordam em explorar um empreendimento empresarial em proveito comum, pelo nome e responsabilidade de um ou mais sócios.⁵⁹¹

⁵⁸⁹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.102.

⁵⁹⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.181.

⁵⁹¹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.181.

De mesmo modo, Marlon Tomazette afirma que a conta em participação não é sociedade, pois não se constitui como sujeito autônomo de direitos e obrigações.⁵⁹² Fábio Ulhoa Coelho destaca as características que afastam a sociedade em conta de participação da noção de sociedade:

Seus traços característicos, que a afastam da sociedade empresária típica, são a despersonalização (ela não é pessoa jurídica) e a natureza secreta (seu ato constitutivo não precisa ser levado a registro na Junta Comercial). Outros de seus aspectos também justificam não considerá-la uma sociedade: a conta de participação não tem necessariamente capital social, liquida-se pela medida judicial de prestação de contas e não por ação de dissolução de sociedade, e não possui nome empresarial.⁵⁹³

De outro lado, Souza sustenta que a sociedade em conta de participação apresenta os três elementos configuradores de uma sociedade, quais sejam (i) a obrigação de os sócios contribuírem para o exercício da atividade; (ii) a participação nos lucros e perdas do negócio; e (iii) a vontade de associarem-se para a consecução do objeto social, ou seja, a *affectio societatis*.⁵⁹⁴

Todavia, em razão da inexistência de personalidade jurídica, surgem três consequências: (i) a ausência de titularidade obrigacional, pois o sócio ostensivo é o único que pratica atos perante terceiros; (ii) a ausência de titularidade processual, pois não possui capacidade para estar em juízo; e (iii) a ausência de responsabilidade patrimonial, na medida em que os bens são de titularidade do sócio ostensivo.⁵⁹⁵

A sociedade em conta de participação não possui personalidade jurídica – nem mesmo com o registro dos atos constitutivos⁵⁹⁶, que é desnecessário – e se constitui independentemente de qualquer formalidade, podendo ser comprovada por

⁵⁹² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.289.

⁵⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.893.

⁵⁹⁴ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.138.

⁵⁹⁵ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.140.

⁵⁹⁶ Souza afirma que o registro da sociedade poderá ser realizado no Registro de Títulos e Documentos, mas não no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial. De qualquer modo, ainda que o registro não seja realizado, o contrato da sociedade configura título executivo entre os sócios. (SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.143).

todos os meios de direito.⁵⁹⁷ Nesse sentido, eventual contrato social produz efeitos apenas entre os sócios, que buscam o lucro comum ao instituir a sociedade.⁵⁹⁸

Sendo assim, a sociedade em conta de participação não é uma pessoa jurídica, mas "um acordo de vontades sem forma definida em lei". Em razão das previsões do Código Civil, não poderá ter firma ou denominação social (nome empresarial), mas poderá adotar nome fantasia para identificar o negócio havido entre os sócios. De mesmo modo, não possui sede ou domicílio especial.

Essa sociedade apresenta uma configuração bastante peculiar: possui sócio(s) ostensivo(s) e sócio(s) participante(s). Apenas o sócio ostensivo exerce a atividade constitutiva do objeto social e obriga-se perante terceiros, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, como prevê o artigo 991 do Código Civil.

Por sua vez, o sócio participante participa dos resultados, fiscaliza a gestão dos negócios sociais e obriga-se somente em relação ao sócio ostensivo, conforme o contrato social. Entretanto, se tomar parte nas relações perante terceiros, responderá solidariamente com o sócio ostensivo pelas obrigações em que intervier.

Gladston Mamede afirma que os sócios podem investir capital, produzir bens e realizar serviços, desde que as relações tidas com terceiros sejam concretizadas em nome do sócio ostensivo e sob a responsabilidade exclusiva deste.⁵⁹⁹ Tomazette explica a relação entre os sócios:

O sócio ostensivo, que pode ser um empresário individual ou uma sociedade, é aquele que exercerá a atividade em seu próprio nome, vinculando-se e assumindo toda a responsabilidade perante terceiros. A sociedade em conta de participação não firmará contratos. Quem firmará os contratos necessários para o exercício da atividade é o sócio ostensivo, usando tão somente seu próprio crédito, seu próprio nome. Quando ele age, não como um administrador de uma sociedade, mas como um empresário, seja ele individual, seja uma sociedade. De outro lado, há o sócio participante que não aparece perante terceiros, não assumindo qualquer responsabilidade perante o público. Daí a denominação sócio oculto. A responsabilidade dele é apenas perante o sócio ostensivo, nos termos em que acertado entre os dois.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ Dentre eles, a confissão, prova documental, oral, pericial e por presunção. (SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.135).

⁵⁹⁸ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.138.

⁵⁹⁹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.2. p.20.

⁶⁰⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.287-288.

Souza afirma que ao menos um dos sócios deve ser uma pessoa jurídica.⁶⁰¹ De outro lado, Mamede sustenta que o artigo 325 do Código Comercial de 1850 apresentava essa exigência, mas que o Código Civil não traz qualquer qualificação subjetiva, de modo que não exige que um dos sócios seja empresário ou sociedade empresária ou que o objeto da contratação seja desenvolvido sob a forma de empresa.⁶⁰²

Para que um novo sócio seja admitido na sociedade em conta de participação, o artigo 995 do Código Civil exige o consentimento expresso dos demais sócios. A sociedade é caracterizada por sua natureza secreta, o que justifica a responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios com a exteriorização e desvirtuamento da sociedade.

No que concerne aos pagamentos dos tributos, serão realizados pelo sócio ostensivo em documento de arrecadação identificado por seu cadastro perante a Receita Federal. Todavia, como o Decreto-Lei n.º 2.303, de 1986, prevê a equiparação da sociedade em conta de participação a uma pessoa jurídica para fins de imposto de renda e o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 2.308, de 1986, exige o cadastro de CNPJ de todas as pessoas jurídicas perante a Receita Federal, Souza defende que a Receita Federal pode exigir a inscrição da SCP no Cadastro Nacional de Pessoas jurídicas.⁶⁰³ Nesse sentido, esclarece Rubens Requião:

A sociedade em conta de participação foi praticamente extinta pelo Decreto-lei n.º 2.303, de 21 de novembro de 1986, que alterou a legislação tributária, ferindo a fundo essa sociedade. O art. 7.º desse diploma tributário determinou que se equiparam à pessoa jurídica para os efeitos da legislação do Imposto de Renda, as sociedades em conta de participação. O parágrafo único ainda determinava que, na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, seriam observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.⁶⁰⁴

No âmbito imobiliário, Souza sustenta que o uso da sociedade em conta de participação em substituição ao instrumento particular de promessa de compra e venda de imóveis na planta anula e descaracteriza a sociedade, levando à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica mantida entre as partes. A

⁶⁰¹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio:** estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.134; 185.

⁶⁰² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro:** direito societário. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.2. p.19.

⁶⁰³ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio:** estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.145.

⁶⁰⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. p.440.

autora afirma que existem decisões judiciais no sentido de descaracterizar a sociedade e manter o sócio ostensivo "como único responsável pelo negócio, devendo restituir as quantias pagas pelo adquirente denominado de 'sócio participante', independentemente do resultado positivo ou negativo, arcando o sócio ostensivo com todos os riscos do negócio".⁶⁰⁵

Quanto aos efeitos, como a sociedade é não personificada e não pode assumir direitos e obrigações – estes pertencem ao sócio ostensivo, em relação ao qual os sócios participantes estão obrigados –, não está sujeita à falência ou à recuperação judicial.⁶⁰⁶

O que ocorre é uma espécie de dissolução, por meio da "prestação de contas pelo sócio ostensivo em favor dos sócios participantes, tendo em vista o negócio acordado, a devolução do capital investido, se for o caso, e a distribuição dos lucros ou prejuízos que tocar a cada um".⁶⁰⁷

Tomazette defende que a sociedade em conta de participação será constituída por prazo indeterminado ou para a realização de operações determinadas. No primeiro caso, a dissolução pode ocorrer a qualquer momento, na medida em que os sócios não são obrigados a manter o contrato indefinidamente; na segunda hipótese, a dissolução dependerá de justo motivo.⁶⁰⁸

De modo semelhante, Mamede afirma que, a depender da estipulação contratual, a sociedade pode findar em razão do transcurso do prazo previsto, do alcance do termo definido, da realização de condição estipulada, do esgotamento do objeto social, entre outras hipóteses. Ultrapassado o prazo determinado contido acordado entre os sócios, a sociedade em conta de participação permanece por prazo indeterminado. Caso não houver previsão em contrário, a dissolução ocorre (i) por deliberação unânime ou por maioria absoluta dos sócios; (ii) por falta de pluralidade de sócios; ou (iii) pela ilicitude ou impossibilidade do objeto.⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.136.

⁶⁰⁶ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.138.

⁶⁰⁷ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.149.

⁶⁰⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.289-290.

⁶⁰⁹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.2. p.26.

O artigo 994, § 2.º, do Código Civil dispõe que a falência do sócio ostensivo – e não da sociedade – ocasiona a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário. De outro lado, o parágrafo terceiro do mesmo artigo prevê que, na hipótese de falência do sócio participante, "o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido".

O artigo 996 do Código Civil traz a aplicabilidade subsidiária dos dispositivos da sociedade simples em relação à sociedade em conta de participação, no que forem compatíveis. Além disso, como o sócio ostensivo age em nome da sociedade e os sócios participantes respondem perante aquele, a liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, contidas na legislação processual – atualmente, os artigos 550 a 553 do CPC/2015. E se houver mais de um sócio ostensivo, suas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo.

As contribuições dos sócios participantes e ostensivos constitui patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais, conforme o artigo 994 do Código Civil. O fundo social pode ser entendido como a união dos recursos financeiros dos sócios participantes (repassados ao sócio ostensivo) e os recursos que o sócio ostensivo investe na sociedade. Esse fundo "é o conjunto das entradas que os sócios declaram vinculados ao negócio que constitui o objeto social da conta de participação".⁶¹⁰

Ocorre que, como a sociedade não possui personalidade jurídica, esse fundo social é acrescido ao patrimônio do sócio ostensivo, passando a integrá-lo para fazer frente às obrigações da sociedade. Logo, os recursos financeiros são repassados ao sócio ostensivo e movimentados em conta bancária deste, o que esclarece a importância da prestação de contas aos sócios participantes:

No caso da conta de participação, como não é a sociedade, mas sim o sócio ostensivo que assume as obrigações, os aportes feitos pelos sócios participantes vêm para integrar o patrimônio do sócio ostensivo. Portanto, os fundos sociais da conta de participação respondem pelas obrigações pessoais do sócio ostensivo, e os demais sócios não podem impedir que terceiros, buscando sanar eventuais dívidas do sócio ostensivo, alcance os fundos sociais. O capital social constituído pela sociedade em conta de participação

⁶¹⁰ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.141.

não compõe o patrimônio da SCP, pois esta não possui patrimônio, os bens e direitos da SCP passam a incorporar o patrimônio do sócio ostensivo. Este fundo é específico quanto à sua destinação e é em relação a esta destinação que o sócio ostensivo deve prestar contas ao sócio participante.⁶¹¹

Assim, apesar de especial, esse patrimônio só produz efeitos perante os sócios, não atingindo terceiros, e não configura hipótese de segregação patrimonial no direito vigente. Todavia, a importância da sociedade em conta de participação para o presente estudo reside no fato de que o Projeto de Lei n.º 1.572/2011 e o Projeto de Lei do Senado n.º 487/2013 alteram essa configuração, ao dispor expressamente que os recursos da sociedade em conta de participação constituem hipótese de patrimônio separado, o que será estudado adiante.

4.6 SECURITIZAÇÃO DE CRÉDITOS IMOBILIÁRIOS E REGIME FIDUCIÁRIO

A expressão "securitização" apresenta mais de um significado e possui diferentes funções no mercado financeiro brasileiro.⁶¹² A título de exemplo, há diferentes modalidades de crédito que podem ser alvo de securitização. O regime fiduciário e a securitização de créditos imobiliários estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, na Lei n.º 9.514, de 1997, que "dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências".

Regime fiduciário e securitização de créditos imobiliários são figuras que não se confundem. Enquanto a securitização de créditos imobiliários pode ser entendida como a operação de emitir títulos garantidos por créditos negociados no mercado imobiliário, o regime fiduciário permite a segregação patrimonial entre o patrimônio da securitizadora e os títulos emitidos.

⁶¹¹ SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil**. São Paulo: PINI, 2014. p.142.

⁶¹² "Ainda de acordo com Oditah, a palavra securitização pode ser entendida de três formas, motivo pelo qual se deve delinear exatamente o que se está querendo identificar. A securitização pode significar simplesmente a transformação de ativos ilíquidos em títulos negociáveis; pode também identificar operações de cessão de recebíveis, quer siga a tal cessão, ou não, uma emissão de títulos; e ainda como o processo de emissão de títulos de dívida (debêntures ou *commercial papers*, por exemplo), quer tais papéis sejam, ou não, lastreados em ativos subjacentes. [...] Em sentido estrito, a securitização é uma operação complexa, que envolve alguma forma de segregação de patrimônio, quer pela cessão a uma pessoa jurídica distinta, quer pela segregação interna, e uma emissão de títulos lastreada nesse patrimônio segregado. Assim, envolve não um, mas os três significados apresentados por Oditah, juntos numa mesma operação específica e diferente de cada uma de suas partes em separado". (CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.38).

O artigo 8.º da Lei n.º 9.514/1997 define a securitização de créditos imobiliários como "a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora".

Para Oliva, a securitização "constitui a operação por meio da qual uma sociedade emite e coloca no mercado títulos lastreados em créditos imobiliários que possui", por meio de três fases: (i) cessão de créditos imobiliários à sociedade securitizadora; (ii) emissão de títulos relacionados ao crédito imobiliário e denominados de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI); e (iii) distribuição dos CRI no mercado.⁶¹³

Chalhub define a securitização de créditos imobiliários como um "mecanismo de captação de recursos no mercado de capitais por meio da venda de títulos vinculados a créditos oriundos de negócios imobiliários" e sustenta que, por meio desse mecanismo, a empresa "titular do crédito correspondente aos saldos a receber de compradores de imóveis, cede esses direitos creditórios visando antecipar receitas e, assim, financiar sua atividade empresarial".⁶¹⁴

Segundo Gustavo de Aguiar Ferreira Alves, o objetivo da securitização é converter "créditos sem liquidez imediata em valores mobiliários amplamente negociáveis, gerando renda presente". Para tanto, é necessário que os créditos possam dar azo à emissão de valores mobiliários e remunerar os investidores que adquiriram os títulos correspondentes.⁶¹⁵

O autor explica que, primeiramente, ocorre uma cessão de créditos entre originadora e securitizadora. Então, esta emite títulos garantidos pela carteira de créditos cedidos, os quais serão negociados no mercado. Os resultados financeiros decorrentes da aquisição desses títulos por investidores interessados serão pagos à originadora. Com a quitação dos créditos cedidos, serão pagos os investidores.⁶¹⁶

⁶¹³ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.295-297.

⁶¹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.460.

⁶¹⁵ ALVES, Gustavo de Aguiar Ferreira. **Segregação patrimonial e securitização de crédito**. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. p.19-20.

⁶¹⁶ ALVES, Gustavo de Aguiar Ferreira. **Segregação patrimonial e securitização de crédito**. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. p.21.

Chalhub afirma que a operação de securitização é realizada por meio de uma sucessão de negócios e atos jurídicos: (i) a constituição de sociedade empresária responsável pela securitização; (ii) a cessão de créditos a esse agente e a constituição de um patrimônio autônomo; (iii) a emissão de títulos lastreados em créditos integrantes do patrimônio autônomo; (iv) a classificação do risco da emissão e (v) a venda dos títulos no mercado de capitais.⁶¹⁷

Devido ao grande número de participantes dessas operações, há uma preocupação do legislador em conferir segurança a elas, a garanti-las – notadamente depois da crise enfrentada pelos Estados Unidos em 2008, quando um considerável número de créditos ruins circulou na falsa condição de créditos "A", ocasionando a quebra do setor imobiliário no país.⁶¹⁸

Nesse sentido, os incisos do artigo 8.º da Lei n.º 9.514/1997 denotam os requisitos para a emissão de Termo de Securitização de Créditos: (i) identificação de devedor, do ato pelo qual os créditos foram cedidos, do valor nominal de cada crédito, do imóvel ao qual estão vinculados e do Registro de Imóveis onde se encontram registradas as respectivas matrículas; (ii) identificação dos títulos emitidos; e (iii) eventuais garantias de resgate.

A partir do crédito imobiliário objeto do Termo de Securitização será emitido o Certificado de Recebíveis Imobiliários, que consiste em um "título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro", como prevê o artigo 6.º da Lei n.º 9.514/1997. Esse certificado somente pode ser emitido por companhias securitizadoras e seu registro e negociação deverão ser realizados por meio de sistemas centralizados de custódia e liquidação financeira de títulos privados.

Daniel Carrasqueira de Moraes defende que os Certificados de Recebíveis Imobiliários podem ser lastreados em créditos emitidos com base em (i) contrato de compra e venda de imóvel, com financiamento imobiliário e alienação fiduciária; (ii) contrato de financiamento imobiliário por mútuo, com alienação fiduciária; (iii) contrato de financiamento imobiliário por mútuo, com alienação fiduciária e cessão fiduciária

⁶¹⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.461.

⁶¹⁸ Sobre o tema, ver CONCEIÇÃO, Jefferson José da. Para entender a crise. In: SISTER, Sérgio (Org.). **O abc da crise**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

de créditos decorrentes de locação; (iv) contrato de compra e venda de imóvel, com financiamento imobiliário e garantia hipotecária; (v) contrato de financiamento imobiliário por mútuo, com garantia hipotecária; e (vi) contrato de locação comercial com cessão dos recebíveis.⁶¹⁹

A importância da securitização de créditos para o presente estudo reside no fato de que os créditos imobiliários que deram azo à emissão de título de crédito podem consistir em patrimônio separado por meio da instituição do chamado "regime fiduciário", conforme o procedimento da Lei n.º 9.514/1997.

Nesse sentido, o artigo 9.º da referida lei prevê que a securitizadora "poderá instituir regime fiduciário sobre créditos imobiliários, a fim de lastrear a emissão de Certificados de Recebíveis Imobiliários, sendo agente fiduciário uma instituição financeira ou companhia autorizada para esse fim pelo BACEN (Banco Central do Brasil) e beneficiários os adquirentes dos títulos lastreados nos recebíveis".

A instituição do regime fiduciário será realizada mediante declaração da securitizadora no Termo de Securitização de Créditos, o qual necessitará não apenas dos requisitos previstos no artigo 8.º da Lei n.º 9.514/1997, mas também das condições específicas contidas nos incisos do artigo 10 da mesma legislação, e de averbação nos cartórios de Registro de Imóveis onde estiverem as matrículas dos imóveis referentes aos créditos imobiliários.

Observados esses pré-requisitos, os créditos imobiliários afetados ao regime fiduciário constituirão patrimônio separado, nos termos do artigo 11 da Lei n.º 9.514/1997.

Em seu inciso primeiro, esse artigo prevê que tais créditos constituem patrimônio separado, diverso do patrimônio da securitizadora. No segundo inciso, consta que os créditos serão mantidos separados desse patrimônio até que sejam resgatados todos os títulos aos quais estejam afetados. O inciso terceiro dispõe que os créditos imobiliários devem liquidar apenas os seus respectivos títulos e se prestam ao pagamento dos custos de administração e obrigações fiscais.

Enquanto o quarto inciso isenta os créditos imobiliários de qualquer ação ou execução por parte dos credores da securitizadora, o inciso cinco prevê que não poderão servir como garantia ou excussão pelos credores da securitizadora. Por fim,

⁶¹⁹ MORAES, Daniel Carrasqueira. **O SFI**: a securitização como instrument de foment do crédito imobiliário. 147f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p.96-97.

o inciso sexto dispõe que os créditos imobiliários objeto de regime fiduciário só poderão responder por obrigações inerentes aos títulos a eles afetados.

Como se vê, os credores dos créditos imobiliários não são lesados pelos débitos da securitizadora. De mesmo modo, via de regra, o patrimônio da securitizadora não será prejudicado pelos créditos imobiliários. No entanto, o parágrafo primeiro do mesmo artigo prevê que o patrimônio da securitizadora poderá ser atingido para garantir os créditos objeto do regime fiduciário, se houver previsão nesse sentido no Termo de Securitização de Créditos.

Oliva esclarece que, embora se trate de separação patrimonial perfeita, pode haver disposição no Termo de Securitização de Créditos no sentido de possibilitar o direito de reaver créditos contra o patrimônio da securitizadora; inexistindo previsão nesse sentido, os direitos dos beneficiários limitar-se-ão aos créditos integrantes do patrimônio separado, a não ser que tenham sido constituídas garantias adicionais por terceiros.⁶²⁰

Além disso, o artigo 12 da lei traz como incumbência da securitizadora a administração de cada patrimônio separado, com a manutenção de registros contábeis próprios e independentes e a elaboração e publicação das respectivas demonstrações financeiras. O parágrafo único do mesmo artigo prevê a responsabilização da securitizadora com a totalidade de seu patrimônio em caso de descumprimento deste ou de outros deveres, negligência, administração temerária ou desvio de finalidade do patrimônio separado.

Nessa operação de securitização, existe a figura do agente fiduciário, o qual possui poderes gerais de representação da comunhão dos beneficiários desses créditos. O artigo 13 da Lei n.º 9.514/1997 traz um rol de incumbências do agente fiduciário: (i) zelar pelos interesses dos beneficiários, acompanhando a atuação da securitizadora; (ii) adotar as medidas necessárias à defesa desses interesses e realização dos créditos; (iii) administrar o patrimônio separado, em caso de insolvência da securitizadora – nesse caso, cabe ao agente fiduciário assumir a administração dos créditos imobiliários do patrimônio separado e convocar assembleia geral dos beneficiários para deliberar acerca da administração; (iv) liquidar o patrimônio

⁶²⁰ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.301.

separado; e (v) executar os demais encargos previstos no Termo de Securitização de Créditos.

Assim como a securitizadora, o agente fiduciário também responde pelos prejuízos decorrentes do descumprimento da legislação, por negligência ou por administração temerária. Além disso, submete-se aos requisitos e incompatibilidades contidos no artigo 66 da Lei n.º 6.505/1976.

O artigo 16 da Lei n.º 9.514/1997 prevê que o regime fiduciário será extinto em razão do implemento das condições a que esteja submetido, conforme o respectivo Termo de Securitização de Créditos. O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que, satisfeitos os créditos dos beneficiários e extinto o regime fiduciário, caberá ao agente fiduciário fornecer à securitizadora, dentro do prazo de três dias úteis, um termo de quitação, a fim de possibilitar a baixa da averbação que constituiu aquele regime perante os Registros de Imóveis. Essa baixa fará com que os recebíveis imobiliários que sobejarem sejam reintegrados ao patrimônio comum da securitizadora.

Chalhub afirma que a entidade responsável pela obtenção dos créditos e pela emissão dos títulos pode ser constituída sob a forma de sociedade empresária, fundo ou *trust*. O autor esclarece que, no Brasil, essa entidade normalmente reveste-se de fundo de investimento ou companhia de securitização.⁶²¹

Das considerações tecidas neste tópico, pôde-se verificar que o regime fiduciário consiste em mais uma hipótese de separação patrimonial assemelhada ao *trust*. Em verdade, como esclarece Chalhub, a função geralmente exercida pelas securitizadoras poderia ser desempenhada pelo *trust*⁶²², o que demonstra mais uma aplicação que essa figura poderia receber no Brasil.

4.7 EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

No Brasil, até pouco tempo era impossível ao empresário exercer atividade profissional na condição de sócio único e sem ver o seu patrimônio pessoal ser confundido com o patrimônio da própria empresa. Essa premissa estava estampada no artigo 1.033, IV, do Código Civil, que vedava a constituição da sociedade unipessoal.

⁶²¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.464.

⁶²² CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.465.

A legislação brasileira partia da premissa de que o exercício da empresa demandava a união de esforços, não concebendo que uma pessoa isoladamente a exercesse com o benefício da separação patrimonial. Como consequência, havia um número expressivo de sociedades limitadas que eram formadas por dois sócios pessoas físicas, sendo um deles apenas "de fachada". Na prática, ao sócio de fachada era destinado percentual ínfimo do capital social. Sua função era a de participar da sociedade para que o real empresário pudesse atuar com o benefício da separação patrimonial e demais vantagens decorrentes da organização em pessoa jurídica, como por exemplo tributação mais vantajosa. Esse modo de proceder acarretava riscos para ambas as partes. Para o sócio de fachada, a participação – mesmo em percentual reduzido no capital social – pode gerar responsabilidade solidária pelo capital social não integralizado e por cinco anos pela exata estimação dos bens indicados para compor o capital social, nos termos dos artigos 1.052 e 1.055, parágrafo primeiro do Código Civil.⁶²³

A Lei n.º 12.441/2011 trouxe a possibilidade de formulação de empresa individual com responsabilidade limitada (EIRELI) no Brasil. Baseada nos projetos de lei n.º 4.605/2008 e 4.953/2009, essa lei alterou o artigo 44, VI, estabeleceu o parágrafo único do artigo 1.033 e inseriu o artigo 980-A no Título I-A ("da empresa individual de responsabilidade limitada"), do Livro II, do Código Civil.

O artigo 44 do Código Civil passou a prever a empresa individual de responsabilidade limitada como modalidade de pessoa jurídica de direito privado.⁶²⁴ Márcio Tadeu Guimarães Nunes critica mencionado dispositivo ao afirmar que o legislador não teria observado a técnica devida quanto à nomenclatura da EIRELI, vez que confundiu os conceitos de "empresa" e "empresário" ao inseri-la no rol do referido artigo.⁶²⁵

⁶²³ Art. 1.052 do Código Civil: "Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social". Art. 1.055, § 1.º do Código Civil: "Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade".

⁶²⁴ Enunciado n.º 470 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "É inadequada a utilização da expressão "social" para as empresas individuais de responsabilidade limitada". (Disponível em: <<https://goo.gl/nT4q9g>>. Acesso em: 13 abr. 2016).

⁶²⁵ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **EIRELI - A tutela do patrimônio de afetação**: o reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei n.º 12.441/2011. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.60.

Já o art. 1.033, IV, do Código Civil, que previa a "falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias" como hipótese de dissolução da sociedade, passou a contar com um parágrafo único, inserido pela Lei n.º 12.441/2011. Esse parágrafo excepciona a empresa individual com responsabilidade limitada da regra geral, ao dispor que o referido inciso não se aplica a essa modalidade empresária, inclusive quando houver pleito de transformação da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada junto ao Registro Público de Empresas Mercantis.

O artigo 980-A do Código Civil define a empresa individual de responsabilidade limitada como aquela constituída por uma única pessoa⁶²⁶ titular da totalidade do capital social⁶²⁷, devidamente integralizado e que não deverá ser inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país – conformando, atualmente, o montante de R\$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais).⁶²⁸

O parágrafo primeiro do mesmo artigo prevê que o nome empresarial deverá ser obrigatoriamente constituído pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa. Já o parágrafo segundo dispõe que a pessoa natural somente pode figurar em uma única empresa individual de responsabilidade limitada, vedando que a mesma pessoa possua mais de uma EIRELI.

Além da constituição por manifestação expressa de vontade nesse sentido, a sociedade individual de responsabilidade limitada também poderá ser constituída mediante a concentração de todas as cotas de uma determinada empresa em nome de um único sócio, seja qual for o motivo dessa centralização – por falecimento dos demais sócios, por dissolução da sociedade, entre outros.

⁶²⁶ De acordo com o Enunciado n.º 468 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural". (Disponível em: <<https://goo.gl/nT4q9g>>. Acesso em: 13 abr. 2016).

⁶²⁷ Outra imprecisão legislativa é a determinação no art. 980-A de que a EIRELI teria um capital "social", uma vez que é formado por apenas uma pessoa física. Nesse sentido, o Enunciado n.º 472 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "É inadequada a utilização da expressão "social" para as empresas individuais de responsabilidade limitada". (Disponível em: <<https://goo.gl/nT4q9g>>. Acesso em: 13 abr. 2016).

⁶²⁸ Até a finalização da presente tese o valor do salário mínimo nacional era de R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais). Cabe noticiar que tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4637, ajuizada pelo PPS (Partido Popular Socialista) contra a parte final do *caput* do artigo 980-A do Código Civil. O argumento do referido partido é o de que a exigência de capital social expresso em número de salários mínimos violaria o art. 7.º, IV da Constituição Federal, bem como a Súmula Vinculante n.º 4 do STF. Ainda, entendem que o valor é muito elevado e que a exigência de integralização no momento de constituição impediria acarretar na impossibilidade de muitos empresários criarem EIRELIs. Até o momento o mérito da ADI n.º 4637 ainda não foi julgado. Para maiores informações, ver: <goo.gl/b5Gx0B>. Acesso em: 10 abr. 2016.

O artigo 980-A, § 5.º, do Código Civil permite que se atribua à EIRELI – desde que constituída para a prestação de serviços – a remuneração decorrente de cessão de direitos patrimoniais de autor, imagem, nome, marca e voz vinculados à atividade profissional e que pertençam ao seu titular. Contudo, de acordo com o Enunciado n.º 473 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, "a imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI".⁶²⁹ O parágrafo sexto do art. 980-A prevê a aplicabilidade subsidiária das normativas referentes às sociedades limitadas à sociedade individual de responsabilidade limitada, no que for cabível.

A importância da empresa individual de responsabilidade limitada para o presente estudo reside no fato de que ela apresenta semelhanças com o patrimônio de afetação e com o *trust*. Em relação ao patrimônio de afetação, Nunes defende que o regime jurídico da EIRELI equiparou o aporte mínimo de capital social a verdadeiro patrimônio de afetação.⁶³⁰ Nesse sentido, o autor destaca o teor do Enunciado n.º 3 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, que retrata a EIRELI não como sociedade unipessoal, mas como ente distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.⁶³¹ Por outro lado, há quem defenda que não se trata de hipótese de separação patrimonial, como Valladão, França e Marcelo Vieira Von Adamek.⁶³² Concorde-se com essa última corrente, tendo em vista que o patrimônio de afetação é um ente jurídico despersonalizado, ao passo que a EIRELI é expressamente enquadrada como pessoa jurídica. Entende-se que a explicação pela qual o capital "social" da EIRELI se torna apartado do patrimônio pessoal do seu titular não decorre de afetação patrimonial, mas sim do efeito da personalização. O titular da EIRELI e a EIRELI possuem personalidades distintas, razão pela qual seus bens não se comunicam. Essa diferenciação de personalidades é tão evidente

⁶²⁹ Disponível em: <<https://goo.gl/nT4q9g>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

⁶³⁰ NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **EIRELI - A tutela do patrimônio de afetação**: o reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei n.º 12.441/2011. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.62-63.

⁶³¹ O Enunciado n.º 3 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal reproduz em larga medida o teor do Enunciado n.º 469 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado". Disponível em: <<https://goo.gl/nT4q9g>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

⁶³² NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **EIRELI - A tutela do patrimônio de afetação**: o reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei n.º 12.441/2011. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.66.

que o Enunciado n.º 470 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal determina que

o patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.⁶³³

No que concerne ao *trust*, a mais evidente diferença com a EIRELI é o fato de a última ser pessoa jurídica. Além disso, a EIRELI se restringe a persecução de atividades empresariais, enquanto o *trust* pode ser utilizado para muitas outras finalidades. Em relação à similitude dessas duas figuras, em ambas é possível que uma pessoa isoladamente desenvolva atividade empresarial munida da separação entre os bens destinados à empresa e seu patrimônio pessoal. No caso do *trust*, esse desiderato poderia ser alcançado por meio da constituição de um *trust* e consequente nomeação do instituidor como ao mesmo tempo *trustee* e beneficiário.

4.8. O PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 487/2013 (NOVO CÓDIGO COMERCIAL) E O CONTRATO FIDUCIÁRIO

4.8.1. Uma situação inusitada: a duplicidade de projetos que almejam um Novo Código Comercial

Vislumbra-se uma situação peculiar envolvendo o Direito Empresarial no Brasil: nos presentes dias, vige um Código Comercial elaborado em 1850, cujos dispositivos referentes às relações comerciais não marítimas estão todos revogados. Há legislação especial que rege as sociedades anônimas, a letra de câmbio, as sociedades limitadas, entre outros institutos, e o próprio Livro II do Código Civil de 2002 traz disposições atinentes ao direito de empresa, sem contar os inúmeros artigos de seus outros livros que se aplicam ao direito comercial.⁶³⁴ Não obstante toda essa

⁶³³ Disponível em: <<https://goo.gl/nT4q9g>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

⁶³⁴ Sebastião José Roque explica de forma sintética a atual situação do direito comercial no Brasil: "Para esclarecer melhor esta situação, vamos dizer que existem duas versões do Código Comercial. A primeira, a antiga, é a de 1850, instituído pela Lei 556, que instituiu o Código Comercial no Brasil. A segunda versão, a atual, foi instituída pelo Código Civil de 2002. São bem diferentes essas versões: a de 1850 foi baseada no Código Comercial Francês de 1808 e a segunda no Código Civil Italiano de 1941. Temos que ter em mente e com muito vigor essa dualidade do Código Comercial, para se evitarem as confusões que estão surgindo. O Código Comercial de

gama de leis, tramitam atualmente dois projetos de lei distintos que objetivam realizar substanciais mudanças no direito empresarial.

Em 14/06/2011, o deputado federal Vicente Cândido apresentou o Projeto de Lei n.º 1.572/2011⁶³⁵, que busca instituir um Código Comercial. O referido projeto passou por várias emendas e, em 13/07/2016, a Comissão Especial proferiu parecer pela (i) constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; (ii) adequação financeira e orçamentária do projeto e (iii) aprovação deste e de algumas das emendas propostas.⁶³⁶

Ocorre que, em 22/11/2013, o senador Renan Calheiros protocolou o Projeto de Lei do Senado n.º 487/2013, que visa à reforma do Código Comercial atualmente em vigor (Lei n.º 556, de 1850). Frise-se que toda a primeira parte desse Código Comercial (artigos 1.º a 456 – do comércio em geral) foi revogada pelo Código Civil de 2002, de modo que está em vigor somente a parte do Código Comercial que rege o comércio marítimo. Atualmente, o Projeto de Lei do Senado n.º 487/2013 se encontra em fase de formação de Comissão Temporária de Reforma do Código Comercial. Portanto, há dois projetos de lei tramitando simultaneamente com o mesmo objetivo: modificar a regulamentação do direito empresarial, pregando uma nova codificação e um retorno à teoria dos atos de comércio. Para a presente tese, interessa em maior

1850 tinha três Livros, a saber: I – Do Comércio em Geral; II – Do Comércio Marítimo; III – Das Quebras. Em 1890 surgiu a primeira Lei Falimentar, derogando a parte terceira do Código Comercial, que ficou reduzido às outras duas. O Código Civil de 2002 derogou a parte primeira do Código Comercial de 1850, sobrando apenas a parte segunda, referente ao Direito Marítimo. Não se pode, portanto, dizer que ainda subsiste o Código Comercial de 1850 nem que o conjunto de normas referentes ao Direito Marítimo seja um Código Comercial. Esse conjunto de normas passou a ser um a lei à parte, e restrita ao Direito Marítimo, um dos ramos do Direito Empresarial, mas pouco cultivado em nosso país e sem a relevância dos demais ramos do Direito Empresarial, como seriam o Direito Cambiário, o Direito Societário. Falar-se, pois, que o Código Comercial é de 1850 será subverter a realidade jurídica e tumultuar toda discussão que se está travando. Temos que convir que a realidade existente em nosso direito atual é esta: Não mais existe o Código Comercial de 1850; A parte não revogada do antigo Código Comercial, a de 1850, tornou-se uma lei complementar, restrita ao Direito Marítimo e se integra no novo Código Comercial, o instituído pelo Código Civil de 2002; Existe o Código Comercial no Brasil: este é formado pela parte do Código Civil de 2002 denominado DO DIREITO DE EMPRESA, e complementado por leis extravagantes, como a Lei das Sociedade por Ações. A Lei de Recuperação de Empresas e várias outras". (ROQUE, Sebastião José. **Discussões sobre o novo Código Comercial ultrapassou sua relevância**. Disponível em: <<http://goo.gl/jFBCW0>>. Acesso em: 10 ago. 2016).

⁶³⁵ Destaca-se que, muito embora o projeto tenha sido elaborado pela Câmara dos Deputados, utilizou-se neste trabalho a terminologia adotada pela própria Câmara ao denominar o projeto no site oficial.

⁶³⁶ O parecer sugere a aprovação das Emendas de n.º 3, 7, 8, 12, 14, 15, 16, 21, 24, 32, 35, 36, 41, 44, 45, 49, 55/2012, das Emendas de n.º 72, 75, 91, 95, 97, 102, 103, 106, 110, 111, 112, 113, 117, 119, 136, 137, 141, 144, 148, 150, 153, 157, 161, 165, 166, 167, 168, 169, 172, 179, 180, 189, 193/2013 e das Emendas de n.º 214, 215, 217/2015, bem como a aprovação parcial das Emendas de n.º 1, 2, 11, 13, 18, 25, 26, 33, 34, 40/2012, das Emendas de n.º 57, 59, 60, 65, 66, 67, 77, 88, 92, 109, 128, 146, 147, 174, 181, 188, 194/2013 e das Emendas de n.º 216, 219/2015.

medida o PLS n.º 487/2013, uma vez que contempla uma proposta de inserção no ordenamento jurídico de um tipo contratual intitulado "contrato fiduciário".

4.8.2. Críticas doutrinárias à instituição de um novo Código Comercial

A doutrina brasileira vem criticando duramente a elaboração de um novo Código Comercial.⁶³⁷ Muitos reputam tal diploma como desnecessário, outros rechaçam o conteúdo dos projetos de lei. Sebastião José Roque questiona a rapidez da elaboração, surgimento e trâmite do referido projeto:

Outro aspecto que nos parece estranho é o aodamento verificado na luta pela promulgação do novo Código Comercial. Silenciosamente o projeto foi introduzido na Câmara dos Deputados e, de imediato, se formou a comissão encarregada de seu estudo. Logo em seguida surge a previsão de que o novo Código vigoraria um ano depois, em 2012. Nosso Código Civil foi discutido nas duas casas legislativas durante 27 anos. Como poderia outro Código ter tramitação de apenas um ano?⁶³⁸

Foi elaborado manifesto pela rejeição do Projeto de Lei n.º 1.572/2011, que contou com a subscrição de sessenta e um juristas renomados no Brasil, como, por exemplo, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Modesto Carvalhosa, Véra Maria Jacob de Fradera, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Judith Martins-Costa, Rodrigo Xavier Leonardo, Sérgio Bermudes.⁶³⁹

⁶³⁷ Veja-se a interessante síntese de Giovani Ribeiro Rodrigues Alves: "Como se observa a partir da história da disciplina, codificação e direito comercial nunca foram sinônimos. Primeiramente, porque direito comercial é muito mais antigo que a codificação, o que, desde logo, transmite que as noções não se confundem, a partir de uma simples observação de ordem cronológica. Em segundo lugar porque, conforme analisado anteriormente, nem mesmo no apogeu dos ideais codificadores com a concepção de racionalidade ilimitada do sujeito, em plena vigência dos códigos oitocentistas na Europa Ocidental, o direito comercial se restringiu à codificação". (ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa**. 139f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014. p.119).

⁶³⁸ ROQUE, Sebastião José. **Discussões sobre o novo Código Comercial ultrapassou sua relevância**. Disponível em: <<http://goo.gl/jFBCW0>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁶³⁹ "[...] Além disto, o texto do Projeto transita entre o irrelevante, o tecnicamente equivocado e o imprevisível. Diversos dispositivos objetivam reproduzir normas tradicionais, bem conhecidas pelos agentes econômicos e aplicadas de maneira incontestada pelos Tribunais. Outros - muitos outros - são manejados com total imperícia técnica. A propósito, salta aos olhos a falta de precisão do texto, que baralha conceitos e acaba por obscurecer o que há muito é certo. [...]" (ESPECIALISTAS manifestam-se contra Código Comercial. **Migalhas**, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/JJ9PSL>>. Acesso em: 10 ago. 2016).

Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França denominam o Projeto de Lei n.º 1.572/2011 de "Antiprojeto" de Código Comercial e afirmam que se trata de projétil disparado contra todos os brasileiros:

Sem um anteprojeto que tivesse sido discutido pelas classes interessadas, o documento jogado às carreiras contra o Parlamento, de uma espantosa mediocridade, de um desleixo e descaso a toda prova, está sendo enfiado pela nossa goela para satisfazer interesses outros que não os da Nação. Trata-se, na verdade, de um 'projétil'! Desfechado contra todos nós.⁶⁴⁰

O autor critica (i) o caráter antidemocrático do projeto, que fora formulado por um único jurista (Fábio Ulhoa Coelho) e sem a participação das classes interessadas; (ii) as justificativas – as quais reputa falsas – para a redação de um Código; e (iii) afirma tratar-se de documento de qualidade jurídica duvidosa. Dentre outros dispositivos, França critica os artigos 3.º, 9.º, 13, 114, 133, 144, § único, 180, 195, 198, p. único, 199, 201, 211, 226, 233, 236, 276, 277, 281, 289, 291, 298, 303, II, 317 e 657, do Projeto de Lei n.º 1.572/2011.⁶⁴¹ França sintetiza as seguintes críticas:

Em primeiro lugar, a edição de um Código Comercial depois de apenas dez anos de vigência do Código Civil é uma ideia totalmente anacrônica, pelo menos no Brasil. Vai trazer uma insegurança muito grande, afora o fato de que o projeto é de péssima qualidade. Em segundo lugar, o projeto prevê que o Ministério Público possa requerer a anulação de contratos e negócios jurídicos provando o descumprimento da função social. Mas a função social é um conceito indeterminado e de conteúdo totalmente controverso, e isso trará extrema insegurança ao mundo dos negócios. Em terceiro lugar, há a possibilidade de que o sócio grave as próprias cotas com cláusulas de impenhorabilidade. Isso só existe quando se trata de um bem de família, por exemplo. Como é que ficam os credores? O seu patrimônio é a garantia dos credores. Em quarto lugar, prevê-se a possibilidade de incluir no contrato de sociedade uma cláusula que exclua qualquer sócio da participação nas perdas societárias. Mas existe uma tradição no direito societário de que os sócios participam dos lucros e das perdas. Na liquidação da sociedade, as perdas sociais são imputadas às cotas dos sócios minoritários. Então, isso não pode prevalecer perante credores, mas internamente sim, o que quer dizer que você está prejudicando o minoritário com a autorização da lei. Em quinto lugar, o juiz estará autorizado a nomear um "facilitador" para auxiliá-lo nos processos complexos. Ou seja, o juiz poderá julgar o processo sem ter lido o processo, o que é um disparate. E se o facilitador errou? Em sexto lugar, há um tratamento fragmentado e totalmente deficiente dos títulos de

⁶⁴⁰ FRANÇA, Erasmu Valladão Azevedo e Novaes. O "antiprojeto" de novo Código Comercial. **Revista Jurídica Consulex**, v.17, n.400, p.32, 15 set. 2013.

⁶⁴¹ FRANÇA, Erasmu Valladão Azevedo e Novaes. O "antiprojeto" de novo Código Comercial. **Revista Jurídica Consulex**, v.17, n.400, p.33-36, 15 set. 2013.

crédito. Em sétimo lugar, pelo projeto, você pode estabelecer juros no porcentual que quiser, ou seja, consagra a usura. Os bancos podem estabelecer juros, que são fiscalizados pelo Banco Central, mas imagine um empresário fixando os juros que quiser.⁶⁴²

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa sustenta que (i) o artigo 113 do Projeto de Lei n.º 1.572/2011 é contraditório; (ii) os artigos 114 e 115 do mesmo projeto são inúteis; (iii) o artigo 116 do projeto não corresponde à realidade; (iv) há várias dúvidas quanto às atribuições do fiscal judicial temporário do artigo 123, mas trata-se de instância desnecessária e onerosa, alheia à competência do Judiciário; (v) o artigo 124, § 1.º, do projeto violaria a igualdade ao fornecer tratamento privilegiado aos micro empresários e empresários de pequeno porte.⁶⁴³

Por sua vez, Francisco Antunes Maciel Müssnich critica ambos os projetos de lei, afirmando que não há justificativa para a elaboração de um Código Comercial, notadamente porque "mais coerente seria trabalharmos com leis especiais que regrassem, de modo detalhado e sistemático, as mais diversas matérias e questões cuja revisão se faz necessária".⁶⁴⁴

Müssnich destaca, ainda, que a separação do direito obrigacional – unificado no Brasil pelo Código Civil de 2002 – consiste em verdadeiro retrocesso, ante à tendência histórica dos mais importantes ordenamentos do mundo em unificar o direito das obrigações. O autor ressalta que essa separação causará insegurança jurídica, em face da dificuldade em identificar qual a legislação aplicável e da probabilidade de aplicação simultânea de leis diversas.⁶⁴⁵

De outro lado, há quem defenda a aprovação do Código Comercial. Citem-se Jorge Lobo, Arnaldo Luiz Rovai, Helga A. F. De Alvarenga, Luciano Timm, Carlos Henrique Abrão, Arnaldo Wald e Fábio Ulhoa Coelho.⁶⁴⁶ Nesse sentido, Gustavo Teixeira Villatore afirma que chegou o momento de um novo Código e não vê problema no trâmite simultâneo dos dois projetos:

⁶⁴² FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Um novo Código Comercial "vai trazer uma insegurança jurídica enorme"**. Disponível em: <<http://goo.gl/4XX4vV>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁶⁴³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Crítica à concepção do projeto do novo Código Comercial sobre o Direito societário (i)**. Disponível em: <<http://goo.gl/uxO55N>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁶⁴⁴ MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A quem interessa um novo Código Comercial? **Revista RI**, p.43, fev. 2014.

⁶⁴⁵ MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A quem interessa um novo Código Comercial? **Revista RI**, p.44, fev. 2014.

⁶⁴⁶ CAVALLI, Cássio. **O debate em torno do projeto de Código Comercial**. Disponível em: <<http://goo.gl/aWrp2O>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

Recentemente, no dia 7 de maio, o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), instalou uma comissão de juristas com a responsabilidade de também elaborar, em um prazo de 180 dias, um anteprojeto de novo Código Comercial. Tal comissão é composta por 19 renomados juristas, sob a coordenação do ministro do Superior Tribunal de Justiça João Otávio de Noronha e com relatoria do professor Fábio Ulhoa Coelho, cuja escolha foi natural, na medida em que se busca uma conciliação e não uma competição entre os trabalhos de referida comissão com o texto já em trâmite perante a Câmara dos Deputados. A expectativa, portanto, é de que os trabalhos resultantes dessa comissão permitam que se acelere a discussão no Senado sobre tão importantes temas, "se" e "quando" o Projeto de Lei n.º 1572/2011 for aprovado na Câmara dos Deputados.⁶⁴⁷

O autor do projeto, Fábio Ulhoa Coelho, sustenta que o Código Comercial é necessário para unificar os regramentos do direito comercial e desburocratizá-lo. Por sua vez, Arnaldo Wald afirma que a legislação atual não acompanhou as mudanças da sociedade e que necessita ser atualizada e separada do direito civil e do direito consumerista para gerar maior coerência e segurança jurídica ao sistema jurídico:

Admitia-se, no passado, que o atraso do direito em relação aos fatos era uma decorrência da própria natureza das normas jurídicas, que sempre deviam refletir regimes já consolidados pelo tempo. O século XXI, que é o da rapidez e da aceleração da história, já não aceita a obsolescência na área jurídica. A evolução da economia e as novas dimensões do país exigem um novo direito compatível com o nosso desenvolvimento econômico. O novo conjunto normativo deve, pois, ser o catalisador do progresso. Cabe-lhe garantir a segurança e a estabilidade das relações jurídicas e incentivar os investimentos dos quais tanto necessitamos, especialmente na área de infraestrutura. Se o Estado quer ser eficiente, conforme determina o artigo 37 da Constituição brasileira, devendo a Justiça solucionar os litígios de modo coerente e em tempo razoável, necessitamos de um direito que não só dê soluções aos problemas atuais, mas também dê ao cidadão a necessária certeza e lhe permita a maior previsibilidade possível das consequências dos seus atos, considerando o atual contexto no qual vivemos.⁶⁴⁸

Ocorre que os argumentos em favor da recodificação para possibilitar que o ordenamento jurídico acompanhe as mudanças sociais e gere segurança jurídica beira a ironia. Basta lembrarmos que o mesmo argumento foi utilizado durante o século XIX na Europa ocidental continental para justificar a unificação da legislação e, com isso, gerar maior segurança frente ao pluralismo jurídico até então vigente. Apesar disso, a segurança almejada nunca foi alcançada por meio da codificação.

⁶⁴⁷ VILLATORE, Gustavo Teixeira. **Chegou a hora de um novo Código Comercial brasileiro**. Disponível em: < <http://goo.gl/QLmfUI>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁶⁴⁸ WALD, Arnaldo. **Um novo Código Comercial para o Brasil**. Disponível em: <<http://goo.gl/j7h9bt>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

A história demonstrou que a codificação, por si só, nunca atingiu o objetivo visado. É o que explicam Rachel Sztajn e Haroldo Verçosa:

No texto denominado *L'età della decodificazione*, Irty trata da defasagem entre os códigos europeus, do século XIX, e as constituições nacionais, posteriores à 2.^a Guerra Mundial. Por isso trabalha com os microssistemas, afirmando que os códigos deixaram de ser o núcleo do direito privado, papel que passou a ser assumido pelas Constituições. Basta ver que a nossa Magna Carta cuida da ordem econômica e financeira em seus artigos 170 e seguintes e 192, sem qualquer referência sobre esses temas no Código Civil de 2002, a não ser pela famigerada introdução da questão da função social do contrato.

Quanto ao processo autopoético de criação do direito e a teoria dos sistemas de Luhman, considere-se que se o sistema jurídico é do tipo aberto (portanto, que se auto modela com o passar do tempo, que recepciona as inovações sociais, ideia que os institucionalistas, ao menos os economistas, acatam no que tange ao aparecimento e transformação das instituições sociais). Ora, quando se fala em um novo código, ele representaria indubitavelmente um sistema fechado e esta é a ideia que se tem dessa legislação. Está presente uma evidente contradição e, pergunta-se, onde, portanto, estaria a tal solução racional?⁶⁴⁹

Nelson Eizirik demonstra que o argumento da segurança advinda da codificação é diametralmente oposto ao argumento do dinamismo das relações comerciais. O autor teme que a codificação dos valores "condene-os à esterilização e imobilidade, o oposto do que se deseja para o Direito Comercial, necessariamente dinâmico e adaptável às inovações tecnológicas e econômicas" e questiona se "a noção totalizante de Código não estará superada pela emergência de leis especiais e sua regulamentação administrativa, "micro-modelos" jurídicos maleáveis e adequados às atividades que disciplinam?".⁶⁵⁰

Em mesmo sentido, Perlman e Sancovski esclarecem que o argumento que supostamente favoreceria a criação de um novo Código Comercial é questionável, na medida em que a jurisprudência e a regulamentação servem para interpretar a lei, afastar dúvidas e fornecer contornos mais concretos, pelo que a aplicação da lei por meio dos processos judiciais, arbitrais ou administrativos céleres e com resultados razoavelmente previsíveis favorece mais a segurança jurídica do que a redação de leis e códigos.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O Brasil precisa de um novo Código Comercial?** Disponível em: <<http://goo.gl/qR1Ze3>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁶⁵⁰ EIZIRIK, Nelson. **O novo Código Comercial e a lei das S/A.** Disponível em: <<http://goo.gl/AgBPgu>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

⁶⁵¹ PERLMAN, Marcelo; SANCOVSKI, Michel. **Os riscos de um novo Código Comercial.** Disponível em: <<http://goo.gl/rJrj70>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

Além disso, eventual necessidade de atualização da legislação vigente não implica diretamente na criação de um novo Código Comercial. É preciso questionar se uma reforma pontual em algum ou alguns dos dispositivos vigentes não traria a solução ao suposto problema.

Por fim, é necessário destacar talvez o maior problema relacionado com a ideia de ser redigido um novo Código Comercial: não se sabe quais serão os seus rumos, visto que tramitam simultaneamente o Projeto de Lei n.º 1.572/2011 e o Projeto de Lei do Senado n.º 487/2013. Não se pode sequer prever qual desses projetos será aprovado e o que conformará o direito comercial futuramente, ante à perplexa situação do trâmite conjunto de dois projetos que são bastante diferentes, mas, estranhamente, foram formulados pelo mesmo jurista – e, ambos, sem a devida participação da sociedade e de outros especialistas do direito comercial.

4.8.3. O contrato fiduciário previsto no PLS n.º 487/2013 de Novo Código Comercial

No PLS n.º 487/2013 encontra-se previsto no Capítulo VI, dos artigos de 540 a 553⁶⁵², a modalidade do contrato fiduciário. No art. 540 tal contrato é definido como "o instrumento pelo qual um instituidor transfere, em caráter de propriedade fiduciária, bens e direitos a um administrador, para que os administre na extensão dos poderes e deveres estabelecidos em contrato, para a realização de propósito específico, em proveito de um ou mais beneficiários".

A partir dessa definição, percebe-se uma similitude enorme entre a estrutura do *trust* e a do contrato fiduciário. Ao se analisar a nomenclatura apresentada nesse dispositivo, entende-se que o instituidor desempenharia a função de *settlor*, o *trustee* a de administrador e o *cestui que trust*, a de beneficiário.

O parágrafo primeiro desse mesmo artigo prevê que "o contrato fiduciário pode ter o propósito de constituição de garantia", aplicando-se os artigos 1.361 e seguintes do Código Civil de 2002. O parágrafo segundo dispõe que, somente neste caso, o beneficiário da garantia poderá ser o próprio administrador do patrimônio fiduciário.

⁶⁵² Referidos dispositivos não contêm previsão sequer semelhante no Projeto de Lei n.º 1.572/2011.

Por sua vez, os incisos e o parágrafo único do art. 541 do projeto trazem os inúmeros requisitos do contrato fiduciário:

Art. 541. O contrato fiduciário deve conter:

- I – a identificação do instituidor, do administrador e dos beneficiários;
 - II – o prazo de vigência, que não pode ser indeterminado;
 - III – os elementos que permitam a identificação dos beneficiários, caso não se encontrem identificados na celebração do contrato;
 - IV – o propósito a que se destina o patrimônio fiduciário;
 - V – as condições ou termos a que estiver sujeito;
 - VI – a identificação dos bens e direitos componentes do patrimônio fiduciário, bem como a indicação do modo pelo qual outros bens e direitos poderão ser incorporados;
 - VII – a destinação do patrimônio fiduciário, quando do seu término;
 - VIII – a extensão dos poderes e deveres do administrador na gestão do patrimônio fiduciário, em especial os de realizar e gravar os bens e direitos, com a enunciação dos requisitos a serem observados quando do seu término;
 - IX – a forma pela qual se verificará, periodicamente, o cumprimento do objeto do contrato pelo administrador;
 - X – os critérios de remuneração do administrador;
 - XI – a destinação dos frutos e rendimentos do patrimônio fiduciário; XII – o regime de solução de situações de conflito de interesses;
 - XIII – as hipóteses e as formas de substituição do administrador;
 - XIV – as hipóteses de sua extinção, antes de cumprida a sua finalidade ou do advento do termo ou do implemento da condição a que estiver sujeito;
 - XV – previsão sobre a possibilidade de o administrador contratar, por sua conta e risco, terceiros para exercer a gestão do patrimônio fiduciário, e de adotar estruturas financeiras ou societárias com o mesmo objetivo, mantidas, em qualquer caso, inalteradas as suas responsabilidades legais e contratuais; e
 - XVI – previsão sobre a possibilidade de o instituidor, no caso de contrato fiduciário para constituição de garantia, oferecer em benefício do administrador ou de terceiro, em pagamento da correspondente obrigação, a totalidade ou parte do patrimônio fiduciário, e, se for o caso, o regime de sua implementação.
- Parágrafo único. Quando o contrato fiduciário tiver por objeto bem imóvel, é da essência do ato a sua celebração por escritura pública.

Nesse ponto, percebem-se diferenças entre o contrato fiduciário e o *trust*, cuja essência é a flexibilidade. A opção do PLS n.º 487/2013 foi, por outro lado, regular minuciosamente os elementos mínimos do contrato fiduciário, tornando-o mais rígido. Especialmente a partir do inciso VI do art. 541, são apresentados requisitos importantes, mas que no *trust* ficariam ao alvedrio do *settlor* incluir ou não. Percebe-se, portanto, uma restrição da autonomia privada do instituidor do contrato fiduciário em relação à conferida ao *settlor* no *trust*.

No que concerne ao parágrafo único, entende-se ser uma interessante disposição, na medida em que se harmoniza com o contido no art. 108 do Código Civil de 2002, o qual estipula que "não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é

essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País". Igualmente, está em conformidade com o art. 12 da Convenção da Haia sobre Trusts e seu Reconhecimento.

Quanto às hipóteses e consequências de invalidades, o contrato fiduciário deverá observar todos esses requisitos, os princípios e regras contidos na Parte Geral do PLS n.º 487/2013 (artigos 1.º a 177) e também as eventuais disposições contidas na legislação especial. Nesse ponto, cabe dizer que a Parte Geral do referido projeto foi alvo de inúmeras críticas, tal como apontado no item anterior, não se mostrando apta – ao menos no atual estágio da redação do projeto – a regular os problemas que podem ocorrer no plano da validade.

Poderá ser celebrado por instrumento público ou particular, mas deverá ser tornado público dentro do prazo de noventa dias, para assegurar eventual impugnação por terceiros prejudicados. Embora o contrato só produza efeitos a partir de sua publicação, o administrador poderá realizar os procedimentos registraes referentes aos bens objeto do contrato mesmo antes dessa publicação.

Os bens e direitos objeto desse contrato formam o patrimônio fiduciário: um patrimônio autônomo e separado do patrimônio geral do administrador, "com contabilidade própria e registro específico no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda", como prevê o artigo 544 do projeto. Salvo disposição expressa em contrário no próprio contrato fiduciário, frutos e rendimentos desses bens e direitos também integrarão o patrimônio fiduciário.

O patrimônio fiduciário é um patrimônio especial e segregado, que, conforme os artigos 546 e 547 do projeto, não pode (i) "ser objeto de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outro ato de constrição por dívida do administrador ou do instituidor" e (ii) ser alcançado por "regimes de intervenção, liquidação extrajudicial, administração especial temporária ou qualquer outro regime de quebra e concurso de credores a que venha estar sujeito o administrador ou o instituidor". Entende-se que – ainda que não adote essa nomenclatura – é um patrimônio de afetação.

O artigo 548 do projeto prevê as hipóteses de encerramento ou destinação do patrimônio fiduciário, isso porque o patrimônio fiduciário poderá receber a destinação que constar no contrato fiduciário e não simplesmente a extinção, como prevê a legislação acerca do patrimônio de afetação em incorporações imobiliárias. Assim, o

legislador possibilita que o patrimônio fiduciário receba a destinação escolhida em contrato nos casos de (i) término do prazo, (ii) ocorrência do propósito do negócio fiduciário ou (iii) implementação das condições ajustadas. Se o contrato for omissivo a respeito da destinação do patrimônio, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece a transferência ao instituidor ou aos seus sucessores.

A administração do patrimônio fiduciário cabe à figura do administrador, que, por expressa previsão no artigo 549 do projeto, possui os mesmos deveres e responsabilidades dos administradores de sociedade anônima descritos nos artigos 153-156 da Lei n.º 6.404, de 1976. Tais dispositivos tratam dos deveres de diligência (artigos 153 e 154) e lealdade (artigo 155) do administrador e das hipóteses de conflito de interesse (artigo 156) com a empresa.

Os artigos 153 e 154 da Lei n.º 6.404, de 1976, trazem o dever de diligência do administrador, prevendo que exercerá suas funções com "o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios" e que exercerá as funções previstas pela lei e o estatuto para atingir "os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa". Nesse sentido, é vedado ao administrador (i) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; (ii) emprestar recursos/bens da companhia sem autorização prévia da assembleia-geral ou do conselho de administração; e (iii) receber vantagem pessoal de terceiros, direta ou indireta, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral. As importâncias recebidas em infração desta última hipótese reverterão em favor da companhia.

O artigo 155 da Lei n.º 6.404, de 1976, dispõe sobre o dever de lealdade do administrador e proíbe (i) que faça uso de oportunidades comerciais conhecidas em razão do cargo; (ii) a omissão no exercício ou proteção de direitos da companhia; (iii) que deixe de aproveitar oportunidades de negócio no interesse da companhia; (iv) a aquisição, visando à revenda com lucro, de bem ou direito necessário à companhia ou que esta tencione adquirir; e (v) o uso de informação relevante não divulgada, com finalidade de obter vantagem para si ou para outrem no mercado de valores mobiliários.

Por fim, o artigo 156 da Lei n.º 6.404, de 1976, ressalta a proibição de intervenção e deliberação do administrador em operação social em que tenha interesses conflitantes com os da companhia, devendo tornar cientes os demais administradores de seu impedimento e fazer constar, "em ata de reunião do conselho de administração

ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse”. O administrador só poderá contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às de mercado ou àquelas que a companhia contrataria com terceiros, sob pena de anulabilidade do negócio e transferência das vantagens auferidas para a companhia.

O administrador deverá zelar pelo patrimônio fiduciário e agir em sua defesa, ativa ou passivamente, em juízo ou fora dele. O artigo 551 do Projeto de Lei do Senado n.º 487/2013 dispõe que o administrador será civilmente responsável – respondendo com o patrimônio pessoal – “pelos efeitos dos atos e omissões decorrentes de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses e descumprimento, culposo ou doloso, de suas obrigações legais e contratuais”. Trata-se de dispositivo tão rígido e com sanção desproporcional a ponto de inviabilizar a assunção da função.

O artigo 552 do projeto estabelece a nulidade de eventual transferência do patrimônio fiduciário a terceiros, se realizada com violação do contrato fiduciário registrado. Ainda prevê que a contraprestação recebida pelo administrador em razão dessa transferência integrará o patrimônio fiduciário, mas essas regras serão inaplicáveis caso o administrador seja também o beneficiário e a transferência tenha ocorrido para quitação de obrigação garantida nos termos da lei ou do contrato.

Finalmente, o artigo 553 do projeto prevê que apenas instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central do Brasil poderão administrar o patrimônio fiduciário. O parágrafo único do mesmo artigo prevê que (i) a disciplina contábil das operações em contratos fiduciários; (ii) a publicação do contrato fiduciário; e (iii) as hipóteses e formas de substituição do administrador sujeitam-se à Lei n.º 6.385, de 1976, que trata do mercado de valores mobiliários e da Comissão de Valores Mobiliários.

Feitas essas explicações acerca do modo de funcionamento do contrato fiduciário, cabe ressaltar que sua estrutura é muito semelhante à do *trust*. Contudo, as funções por ele desempenhadas são mais restritas pois: i) é preciso que estejam presentes todos os requisitos previstos no art. 541, restringindo-se a liberdade do instituidor; e ii) por se tratar de um contrato mercantil, a princípio não poderia ser utilizado para uma série de situações existenciais socialmente relevantes.

Entende-se que a previsão dessa espécie contratual representa um importante passo para a recepção dos *trusts* no ordenamento jurídico brasileiro. Interessante notar que, apesar da acentuada semelhança com os *trusts*, por se valer de outra nomenclatura, o contrato fiduciário não foi alvo de críticas ou de questionamentos que colocassem dúvida, por exemplo, sua compatibilidade com o sistema pátrio. Esse

fato demonstra que o *trust* está mais próximo da realidade do que muitos juristas se apercebem. Além disso, comprova que muitas das censuras direcionadas a essa figura partem de uma estigmatização injusta que ocorreu com o *trust*, tema que será abordado no próximo capítulo.

CAPÍTULO V

O RECONHECIMENTO DOS *TRUSTS* PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS PERSPECTIVAS PARA A RECEPÇÃO DESSA FIGURA NO BRASIL

5.1 O TRATAMENTO DOS *TRUSTS* NA LEGISLAÇÃO FISCAL BRASILEIRA E OS DESAFIOS CRIADOS PELA SUA ESTIGMATIZAÇÃO

5.1.1 *Trusts*, uma realidade jurídica brasileira

Nos Capítulos anteriores já se discorreu sobre a existência de institutos jurídicos semelhantes aos *trusts* no direito brasileiro. Apesar disso, parece haver uma crescente procura dos *trusts* no exterior pelos cidadãos brasileiros como forma de organização de seu patrimônio. A partir da presente seção, busca-se demonstrar que o Brasil já convive com os *trusts*, ainda que não se tenha conseguido definir o que seriam exatamente esses arranjos.

A abordagem ora feita é novel, não se encontrando análise semelhante em outros trabalhos jurídicos sobre *trusts*. Enquanto, por um lado, o direito brasileiro parece ter despertado para a necessidade de lidar com o instituto, por outro criou-se verdadeiro mito em torno do *trust*. Durante o desenvolvimento da presente tese – com a crescente profusão de notícias e textos a respeito da meteórica trajetória do ex-Deputado Federal Eduardo Cunha, já aqui citado, e seu ocaso político deflagrado pela descoberta de figurar como beneficiário de *trusts* na Suíça –, surgiu a necessidade de desmitificar o instituto.

Apurou-se, a partir desses levantamentos, que os *trusts* já pertencem à realidade jurídica brasileira. A legislação pátria já reconhece a existência de *trusts* – inclusive de *trusts* criados por cidadãos brasileiros, com bens originados no Brasil. O que a lei brasileira ainda não permite é que os *trusts* sejam criados com base no direito brasileiro. Com isso, havendo demanda pelo instituto, favorece-se a saída de capitais do Brasil, interesse contrário ao ora perseguido pela Lei de Repatriação de Divisas.

Percebe-se que a maior parte das obras jurídicas a respeito dos *trusts* os trata como uma figura distante da realidade jurídica brasileira, como algo etéreo. O tratamento literário dispensado, por remeter a fundamentos históricos distantes, parece, por vezes, estudo de diletantismo, olvidando a questão eminentemente prática e de urgência que ora se coloca para o jurista brasileiro.

Busca-se, nesta seção, romper com esse comportamento, de modo a buscar pontos já existentes de aproximação entre os *trusts* e o direito brasileiro, mantendo o compromisso deste trabalho – desenvolvido integralmente em universidade pública – com a efetiva contribuição à sociedade com a produção de conhecimento verdadeiramente útil.

É importante notar, desde logo, não haver de plano qualquer incompatibilidade entre a criação ou reconhecimento de *trusts* e as normas do direito brasileiro. Como dito, há até mesmo normas brasileiras que reconhecem a existência de *trusts*, instituídos por cidadãos brasileiros ou por bens originados no Brasil. Neste sentido, ocorre no país a primeira etapa de recepção do instituto, na qual as leis e atos normativos reconhecem formalmente a existência dos *trusts* enquanto instituto jurídico, e regulam alguns aspectos do seu funcionamento, inclusive com a produção de efeitos jurídicos no país.

A despeito da impossibilidade de criação, com base no Direito pátrio, de *trusts*, a realidade revela a demanda por cidadãos brasileiros de serviços de instituição de *trusts* no exterior, a partir de bens, direitos e valores originados no Brasil. Tal situação se faz aparente no já mencionado⁶⁵³ caso envolvendo o ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, que, em sua versão dos fatos, alegou ter instituído *trusts* na Suíça em seu benefício com recursos obtidos a partir da comercialização de produtos alimentícios a países africanos na década de 1980.⁶⁵⁴ Em que pese a existência de outros casos passíveis de menção, a situação de Cunha é talvez a mais eloquente na demonstração de total desconhecimento da definição do que é um *trust*, não apenas pela imprensa como pelas próprias autoridades brasileiras.

Como afirmado anteriormente⁶⁵⁵, em diversas manifestações públicas a respeito do caso de Cunha, houve confusão entre *trusts* e sociedades empresárias *offshore*, que não guardam identidade entre si. Percebe-se a dificuldade de compreensão de que *trusts* não são pessoas jurídicas, tampouco possuem proprietário. Em uma reportagem, o sítio UOL Notícias veiculou na manchete trecho de discurso do Relator do processo de cassação de Eduardo Cunha na Câmara dos Deputados, Deputado Marcos Rogério (DEM-RO), retirado de contexto, dando a

⁶⁵³ Ver Seção 2.2, p.91-96.

⁶⁵⁴ AMORIM, Felipe. Entenda o que Eduardo Cunha já disse sobre a origem de dinheiro na Suíça. **UOL Notícias** (online), 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/um2kTU>>. Acesso em: 03 maio 2016.

⁶⁵⁵ Ver Seção 2.2, p.91-96.

entender que *trusts* seriam "empresas de papel", criadas como fachada para negócios escusos.⁶⁵⁶ A partir da votação de perda de mandato de Cunha pela Câmara dos Deputados, criou-se a falsa impressão de que *trusts* seriam meio rotineiramente utilizado para a lavagem de dinheiro.⁶⁵⁷ Em decorrências destes fatos, a organização Transparência Internacional, que tem por objetivo difundir o combate à corrupção, apelidou Eduardo Cunha de "Mr. Trust"⁶⁵⁸, consolidando a associação de *trusts* à corrupção e outros ilícitos. São erros crassos, veiculados ininterruptamente, que levam à propagação de informações equivocadas sobre o *trust*⁶⁵⁹, e conduzem à desconfiança em relação àqueles que optam pelo uso desse arranjo patrimonial.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ AMORIM, Felipe; PRAZERES, Leandro. Trusts são "empresas de papel", diz relator; advogado de Cunha vê "guilhotina". **UOL Notícias** (online), 12 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/NnsL9t>>. Acesso em: 16 set. 2016.

⁶⁵⁷ CHADE, Jamil. Cunha se transforma em garoto propaganda em campanha internacional contra a corrupção. **Estadão** (online), 13 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Cbl5Uh>>. Acesso em: 16 set. 2016.

⁶⁵⁸ TRANSPARÊNCIA Internacional apelida Eduardo Cunha de 'Mr. Trust'. **O Globo** (online), 13 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/VShChz>>. Acesso em: 16 set. 2016. Apesar da maneira como a imprensa retrata o *trust* como sendo um mecanismo para a ocultação de patrimônio ilícito, não é esse o escopo da campanha promovida pela Transparência Internacional. Acessando a íntegra do vídeo da campanha disponível na página do programa "Bom Dia Brasil", da Rede Globo, percebe-se que o intuito da Transparência Internacional é exigir que haja a divulgação dos beneficiários de *trusts*. (CUNHA é chamado de "Mr. Trust" em campanha mundial anticorrupção. **Bom Dia Brasil** (online), 14 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/sUg9ai>>. Acesso em: 16 set. 2016).

⁶⁵⁹ "TRUST – Forma de organização de uma empresa em que seus bens (dinheiro, imóveis, ações) são confiados a um terceiro, que os administra junto a uma instituição financeira. Isso pode dificultar a identificação do seu beneficiário final". (FALCÃO, Márcio; BERGAMO, Mônica. Explicação de Cunha para contas é frágil, dizem investigadores. **Folha de S.Paulo** (online), 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/71k3Mg>>. Acesso em: 30 nov. 2015). No mesmo sentido, na declaração a seguir o *trust* é confundido com *offshores*: "O professor de Direito da FGV Thiago Bottino disse que os trusts, contratados por Cunha, podem esconder negócios fictícios. 'Se esses trusts, se essas empresas offshores, na verdade, ficarem caracterizados apenas como fachadas para a posse desses recursos sem ter uma relação direta com o nome da pessoa, ou seja, tentando afastar a titularidade desses valores, se essa fraude for caracterizada ainda assim, você vai ter a possibilidade de usar o argumento: 'ah não era no meu nome, logo não preciso declarar'. Justamente porque seria uma tentativa de burlar essa obrigação', explica". (TRIBUTARISTAS contestam explicações de Cunha sobre contas na Suíça. **Jornal Nacional** (online), 07 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/QsYDFk>>. Acesso em: 30 nov. 2015).

⁶⁶⁰ Ao noticiar que o pré-candidato à Prefeitura de São Paulo, João Doria Jr. (PSDB-SP), teria utilizado uma empresa *offshore* para comprar apartamento em Miami, e posteriormente transferido a titularidade da empresa a um *trust*, O Estado de São Paulo adverte que "O trust é um jeito de colocar patrimônio sob confidencialidade – os beneficiários não são legalmente donos dos bens que o Trust administra – e um mecanismo para transferir legado financeiro para sucessores (filhos e cônjuge, por exemplo) sem necessidade de pagar imposto sobre herança. Em caso de morte de um dos beneficiários, os demais continuam usufruindo dos bens". (TOLEDO, José Roberto de; VENCESLAU, Pedro; BRAMATTI, Daniel; BURGARELLI, Rodrigo; DUARTE, Guilherme. Doria usou offshore para comprar apartamento em Miami, mostram Panama Papers. **O Estado de São Paulo**, 30 abr. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/xT4bXG>>. Acesso em: 03 maio 2016).

A própria decisão de cassação de Eduardo Cunha pela Câmara de Deputados revela desconhecimento acerca do funcionamento dos *trusts*. Cunha foi cassado por 450 votos favoráveis a 10 votos contrários – registradas 9 abstenções – por quebra de decoro parlamentar.⁶⁶¹ A violação ética praticada pelo ex-deputado, punível com a perda do mandato, foi exatamente o seu depoimento à CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) da Petrobrás, em que afirmou não ter contas bancárias na Suíça.⁶⁶² Segundo se apurou, Cunha e seus familiares seriam beneficiários de *trusts* no exterior, cujos bens estavam depositados em contas suíças. Com isso, houve longas discussões envolvendo depoimentos de especialistas na Câmara dos Deputados para se apurar quem exatamente seria o titular dos bens de *trusts*.⁶⁶³ As sucessivas votações realizadas no Conselho de Ética e no Plenário decidindo pela perda do mandato de Eduardo Cunha revelam que os Deputados concluíram que o parlamentar cassado mentiu à CPI quando disse não possuir conta bancária no exterior.

Não se perde de vista o caráter político da decisão. Não se trata a votação de perda de mandato por quebra de decoro parlamentar de decisão jurídica, ainda que o procedimento invoque *ratio decidendi* jurídica – muitas vezes como argumento de autoridade buscando o convencimento dos pares e da sociedade. Não se deseja, assim, entrar no mérito da decisão; não é o objeto desta tese emitir qualquer juízo de valor a respeito da decisão tomada pelo Plenário da Câmara dos Deputados.⁶⁶⁴ Por outro lado, a situação colocada permite concluir que o direito brasileiro ainda está em busca de um conceito de *trust*. Ao longo dos debates, formaram-se verdadeiras convicções – complicadas, para se dizer o mínimo – a respeito do que seriam *trusts*.

⁶⁶¹ GALGARO, Fernanda; RAMALHO, Renan; GARCIA, Gustavo. Câmara cassa mandato de Eduardo Cunha por 450 votos a 10. **G1 Política** (online), 12 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/6nmkmn>>. Acesso em: 16 set. 2016.

⁶⁶² EDUARDO Cunha: "Estou absolutamente convicto de que não menti". **Carta Capital** (online), 21 jun. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/zA8vzl>>. Acesso em: 16 set. 2016.

⁶⁶³ Veja-se, por todos, o depoimento do Prof. Dr. José Tadeu de Chiara ao Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, prestado em 17 de maio de 2016. (Disponível em: <<https://goo.gl/f2LXol>>. Acesso em: 16 set. 2016). Foi apresentado também ao longo do processo ético-disciplinar parecer jurídico de lavra do jurista Francisco Rezek, concluindo que "O patrimônio dado em *trust* não constitui *propriedade* quer do instituidor, quer do beneficiário. Nenhum deles tem o direito de considerar esse patrimônio como um bem seu, ou de assim declará-lo". (Disponível em: <<https://goo.gl/HBD6h9>>. Acesso em: 16 set. 2016).

⁶⁶⁴ Para compreender a argumentação de cunha, recomenda-se a leitura de sua defesa jurídica, apresentada ao Conselho de Ética da Câmara dos Deputados por advogado constituído (Disponível em: <<https://goo.gl/s1g1AG>>. Acesso em: 16 set. 2016).

Situações como a de Cunha devem chegar em breve ao Judiciário, de modo que é preciso melhor se aclarar esse conceito.

5.1.2 A normatização do regime de Capitais Brasileiros no Exterior

Diante da realidade do uso de *trusts* por brasileiros, inclusive por autoridades públicas, buscou-se apurar qual seria o tratamento dado pelas autoridades brasileiras aos *trusts* instituídos por brasileiros ou em benefício de brasileiros no exterior. A partir de notícias novamente envolvendo a situação de Cunha⁶⁶⁵, tomou-se conhecimento de Parecer exarado pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, a respeito da necessidade de declaração de valores no exterior que excedam US\$ 100,000.00 (cem mil dólares), com base em normativas daquela autarquia. Embora não tenha sido possível acesso ao teor de tal Parecer⁶⁶⁶, pois referente a caso concreto envolvendo informações financeiras de cidadãos, coberto, portanto, pelo sigilo bancário e fiscal, a partir de tais informações chegou-se a normas específicas referentes à declaração de *trusts* pelo regime de Capitais Brasileiros no Exterior, criado pelo Decreto-Lei n.º 1.060, de 21 de outubro de 1969.

O Decreto-Lei n.º 1.060, de 1969, estabeleceu que, sem prejuízo das obrigações já existentes na legislação tributária, especificamente as normas referentes à declaração de imposto de renda, as pessoas físicas e jurídicas têm o dever de declarar ao Banco Central do Brasil os bens e valores que possuem no exterior. O Decreto-Lei prevê, ainda, que os limites e condições de tal declaração serão estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, além da possibilidade de exigência de justificação dos recursos empregados na aquisição de tais bens ou valores. Para além das normativas gerais estabelecidas em 1969, a Medida Provisória n.º 2.224, de 4 de

⁶⁶⁵ "Os procuradores recusaram a explicação de Cunha, de que não era o dono direto das contas porque elas estavam constituídas em nome de 'trusts', entidades criadas para administrar o dinheiro em seu benefício. Segundo o parecer, está 'inapelavelmente caracterizado' o vínculo de Cunha com os recursos no exterior por ser o beneficiário dos 'trusts' e por ter seu nome na constituição deles. Por isso, o parecer aponta descumprimento da resolução do Banco Central que obriga a declaração de valores no exterior acima de US\$ 100 mil. A punição prevista é de multa de até R\$ 250 mil. Com o fim do trâmite na Procuradoria-Geral do BC, o processo contra Cunha foi enviado ao departamento responsável por processos punitivos, que o concluirá". (BC desmonta argumentos de Cunha sobre contas no exterior. **Correio do Brasil**, 09 abr. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/MiwbS2>>. Acesso em: 03 maio 2016).

⁶⁶⁶ O Parecer da Procuradoria Jurídica do Banco Central do Brasil foi formalmente solicitado pela autora da presente tese, no entanto foi negado acesso ao teor do documento em razão do sigilo das informações nele contidas.

setembro de 2001⁶⁶⁷, prevê o pagamento de multa pelo não-fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil, relativas a capitais brasileiros no exterior. A Medida Provisória considera capitais brasileiros no exterior "os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária", novamente delegando ao Conselho Monetário Nacional a edição de normas necessárias ao cumprimento das determinações legais.

A normativa do Conselho Monetário Nacional referente a capitais brasileiros no exterior atualmente em vigor é a Resolução n.º 3.854, de 27 de maio de 2010⁶⁶⁸, segundo a qual as pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no Brasil, segundo a legislação tributária, devem prestar declaração anual de bens e valores que possuírem fora do território nacional ao Banco Central do Brasil quando os capitais do declarante no exterior totalizarem quantia igual ou superior a US\$ 100,000.00 (cem mil dólares) na data-base de 31 de dezembro de cada ano.⁶⁶⁹ De acordo com a Resolução, devem ser declaradas informações a respeito de depósitos, empréstimos em moeda, financiamentos, arrendamentos mercantis financeiros, investimentos diretos, investimentos em portfólio, aplicações em instrumentos financeiros derivativos e outros investimentos, incluindo imóveis e outros bens, sendo que o descumprimento do dever de declaração sujeita os responsáveis a multas. Ao final, a Resolução do Conselho Monetário Nacional prevê a edição de

⁶⁶⁷ A despeito do disposto no § 3.º do art. 62 da Constituição da República ("As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7.º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes"), a MP 2.224 permanece em vigor, mesmo sem ter jamais sido convertida em lei. Isto é possível, diante da permissão insculpida no art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001 ("As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional"). Com isso, por ser a MP 2.224 anterior à promulgação da Emenda, não tendo sido explicitamente revogada por outra Medida Provisória ou por ato do Poder Legislativo da União, continua produzindo efeitos.

⁶⁶⁸ Houve normativas anteriores emitidas pelo CMN. Por não ser o objeto desta tese traçar uma historiografia de todas as normativas emitidas sobre a matéria, optou-se pela referência apenas à mais recente.

⁶⁶⁹ A Resolução prevê situações específicas, como a de pessoas físicas ou jurídicas que mantenham mais de US\$ 100,000,000.00 (cem milhões de dólares) no exterior, situação em que devem ser feitas declarações trimestrais, tendo como datas-base 31 de março, 30 de junho e 30 de setembro de cada ano, além de 31 de dezembro. Ademais, a lei prevê que, em caso de depósito conjunto ou de condomínio, não se considera a fração ou quota parte de cada titular ou condômino, mas o valor integral, sendo cada um deles responsável pela declaração.

normas e adoção de medidas pelo Banco Central do Brasil para a execução da normativa, o que é feito por cartas circulares.

A atual normativa do Banco Central do Brasil a respeito da declaração de capitais brasileiros no exterior é a Carta Circular n.º 3.574, de 25 de janeiro de 2012. O objeto principal da normativa é o estabelecimento de prazos para a entrega de declarações, referentes às datas-base firmadas pela Resolução do CMN. Além disso, em seu art. 2.º, a Carta Circular autoriza o Departamento Econômico do Banco Central do Brasil a divulgar o Manual do Declarante e a adotar as demais medidas necessárias ao cumprimento da normativa.

O Manual do Declarante, em sua versão mais recente, existente desde 2014, é um arquivo *online* contendo instruções para o preenchimento dos diversos campos da declaração.⁶⁷⁰ O manual é composto de dois capítulos, sendo o primeiro referente às disposições gerais sobre a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior, contendo dados sobre os declarantes, os respectivos valores mínimos, o conceito de residência, os prazos de entrega para as declarações, as definições de data-base, as penalidades a quem presta informações falsas, incompletas, incorretas, fora do prazo ou para quem deixa de prestá-las e referências às normas que dão amparo legal à declaração. O segundo capítulo aborda as orientações de preenchimento do sistema de declaração *online*. Verifica-se, assim, que o Manual não contém informações a respeito do objeto da declaração, ou mesmo a sua abrangência. Refere-se, em termos gerais, aos campos da declaração e à forma do preenchimento *online*, no entanto não esclarece eventuais situações que podem surgir, com respeito à titularidade de bens e valores no exterior.

Dessa forma, havendo previsão expressa autorizando o Departamento Econômico do Banco Central do Brasil a adotar outras medidas necessárias ao cumprimento da normativo, são divulgadas em seu sítio oficial⁶⁷¹ perguntas frequentes a respeito da declaração de capitais brasileiros no exterior. Tais perguntas e respostas abrangem possíveis dúvidas dos declarantes referentes à obrigatoriedade da declaração⁶⁷², a

⁶⁷⁰ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **CBE - Manual da declaração on-line**. Disponível em: <<http://goo.gl/SqA9g0>>. Acesso em: 11 maio 2016.

⁶⁷¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **CBE - Capitais brasileiros no exterior**. Disponível em: <<http://goo.gl/vShHDz>>. Acesso em: 07 maio 2016.

⁶⁷² "Quem está obrigado a fazer a declaração anual?", "Como saber se a pessoa física é residente no Brasil?", "Qual a diferença entre a declaração trimestral e a declaração anual?", "Fiz a declaração do período anterior, porém não tenho mais os ativos anteriormente declarados, devo fazer alguma declaração?" e "Qual circular definiu os prazos das declarações CBE?"

declarações anteriores e multas⁶⁷³, ao acesso ao sistema de declaração⁶⁷⁴, à declaração, em si⁶⁷⁵ – em que há um tópico referente aos *trusts* –, e a dúvidas adicionais.⁶⁷⁶ Verifica-se que na seção referente à declaração de *trusts*, o Banco Central do Brasil refere-se ao arranjo patrimonial do *trust* como "acordos [...] que envolvam a guarda e administração de ativos", informando que, quando tais "acordos" envolverem ativos no exterior, tendo como beneficiários pessoas físicas ou jurídicas residentes no Brasil, tais "acordos" devem ser declarados na Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior no campo "Outros ativos". O questionário informa, ainda, que a declaração deve ser feita sempre em nome do beneficiário do *trust* residente no país, na condição de declarante. Em que pese a indicação de que o preenchimento da declaração possa ser feito pelo *trustee*, a declaração deve ser em nome do beneficiário residente no Brasil. Na sequência, o Banco Central do Brasil indica os parâmetros para preenchimento da declaração: no campo "Valor da aquisição", deve ser informado o valor relativo à "participação do beneficiário nos ativos do *trust*" na data-base a que se refere a declaração; no campo "Data da aquisição", o beneficiário deve informar a data em que houve a "aquisição do direito derivado do *trust*"; no campo "Valor do rendimento", a declaração deve indicar os rendimentos do *trust* recebidos durante o período-base da declaração; no campo "Descrição do ativo", o beneficiário deve informar o "nome do *trust*"; e no campo "Prazo", deve ser indicado "Curto" ou "Longo" se a duração do *trust* for inferior ou superior a doze meses, respectivamente.

⁶⁷³ "Posso fazer a declarações passadas?" e "Como tirar dúvidas a respeito de multas?"

⁶⁷⁴ "Como acessar a declaração?", "Como posso acessar a declaração atual se perdi a minha senha da declaração imediatamente anterior?", "Como fazer um novo cadastro?", "Como funciona a senha provisória enviada pelo e-mail?" e "Não consigo recuperar a minha senha para o e-mail".

⁶⁷⁵ "Há necessidade de haver correspondência entre valores eventualmente declarados a Receita Federal (IR) com os declarados ao Banco Central (CBE)?", "Devo declarar as remessas feitas ao exterior através de contrato de câmbio?", "Como iniciar a declaração?", "Devo informar o receptor do capital (exemplo: o banco depositário, fundo de investimento aplicado, etc) para qualquer tipo de ativo declarado?", "O que deve ser declarado em cada ficha?", "Como imprimir o relatório da declaração?", "Como faço para entregar a declaração preenchida no formulário on-line?", "Como o sistema calcula os valores na seção 'Resumo'?", "Na ficha Crédito Comercial como deve ser preenchido o campo 'Prazo original em meses'? Quando a mercadoria é considerada entregue? Como contar os 30 dias que caracteriza o crédito comercial?", "Minha empresa não publica balanço contábil (exemplos: Empresas para aplicações financeiras e aquisição de imóvel), como preencher os campos *Patrimônio líquido* e *Valor de mercado*?", "Como enviar (entregar) a declaração e obter um recibo de entrega?", "Não imprimir o protocolo. Como fazer para obter novamente o número do protocolo?", "Como declarar bens conjuntos?", "Como declarar um imóvel na ficha outros ativos?", "Como declarar Trust?", "Devo informar valores negativos no campo Lucro líquido no período da ficha Investimento direto?", "Declarei ano passado e não adquiri novos ativos, devo prestar a declaração do CBE 2014?" e "Como obter cópias de declarações entregues do período atual e anteriores?"

⁶⁷⁶ "Consulte o manual do declarante e, se necessário, os canais de contato com a equipe do CBE".

Verifica-se, assim, que a legislação brasileira não apenas reconhece a instituição de *trusts* no exterior por brasileiros, a partir de capitais brasileiros e/ou com beneficiários brasileiros. A partir de um interesse do Estado na evolução patrimonial de seus residentes, ao imporem a declaração às autoridades fazendárias brasileiras da situação de beneficiário em *trusts* no exterior, as normativas do Banco Central do Brasil exigem das autoridades brasileiras o reconhecimento e a compreensão destes arranjos patrimoniais, demandando amplo estudo a respeito da constituição e funcionamento dos *trusts* nos mais diversos países que reconhecem juridicamente esse instituto. É preciso familiarizar-se com termos como *settlor*, *trustee* e beneficiário, além do fundo de *trust*, e compreender as relações entre esses sujeitos e o patrimônio que integra o arranjo, e a quem compete a sua titularidade.

As diretrizes traçadas pelo Banco Central do Brasil a respeito da declaração de *trusts* como "capitais brasileiros no exterior", exigindo a declaração em nome dos beneficiários residentes no país, parecem reproduzir a imprecisão veiculada no caso de Eduardo Cunha de que o beneficiário seria o titular dos bens objetos do *trust*. Como anteriormente esclarecido, tal propriedade, com finalidade de gestão em favor do beneficiário, cabe ao *trustee*, em seu nome, e não em nome de terceiro.⁶⁷⁷ Percebe-se que as normas do Banco Central do Brasil partem de uma má-compreensão da estrutura básica de um *trust*, reproduzida pela imprensa.⁶⁷⁸ A exigência de

⁶⁷⁷ Mais uma vez, os fatos noticiados pela imprensa revelam a mencionada incompreensão a respeito da titularidade: "Alguns países, dizem, passaram a exigir a declaração dos 'trusts' e dos chamados 'settlors' como são conhecidas as pessoas que constituem os 'trusts' e os administram em nome dos beneficiários". (FALCÃO, Márcio; BERGAMO, Mônica. Explicação de Cunha para contas é frágil, dizem investigadores. **Folha de S.Paulo** (online), 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/71k3Mg>>. Acesso em: 30 nov. 2015).

⁶⁷⁸ Por se tratar de político investigado pela prática de crimes, afastado do exercício do mandato parlamentar e da presidência da Câmara dos Deputados por decisão do STF, há natural desconfiança com relação a Eduardo Cunha. No entanto, é importante observar que suas explicações possuem amparo na produção intelectual sobre os *trusts*, revelando compreensão da figura jurídica: "**JN: Mas de qualquer forma, presidente, o senhor é o dono do dinheiro? Cunha: Não, eu não sou o dono do dinheiro, não. Eu sou usufrutuário em vida, nas condições determinadas. Mas o senhor não acha que para a população brasileira de uma maneira geral é difícil não associar esse dinheiro ao senhor, ainda que o senhor seja a pessoa que vai usufruir, beneficiário? Para a população, de uma maneira geral, o senhor é o dono do dinheiro? Cunha: Não, veja bem: primeiro lugar, a origem é lícita. Em segundo lugar, eu abri mão de ser o dono do dinheiro no momento em que eu contratei o trust. Se eu quisesse continuar como dono do dinheiro, eu teria não só mantido a conta, tido a conta em meu nome com gestão livre, como eu teria, talvez, repatriado ou declarado aqui. [...]** **JN: Deixa eu contrapor duas posições diferentes em relação ao argumento do senhor, presidente. O Banco Central afirma que em todos os casos é preciso fazer uma declaração do beneficiário residente. O senhor é o beneficiário desses dois fundos. Agora apenas do Netherton, que é o que permanece. E também existe uma visão por parte do Ministério Público de que é preciso fazer a declaração do trust justamente para que esse trust não seja usado para esconder ativos no exterior. Cunha: Veja bem, eu discordo dessa interpretação, não sou só eu, os advogados também discordam disso. No caso, nós**

declaração pelo beneficiário aponta ao desconhecimento dos elementos subjetivos e objetivos dos *trusts*, bem como o modo e a forma como sua gestão são realizada.

Considerando haver *trusts* constituídos em outros países envolvendo cidadãos brasileiros, ou mesmo bens, direitos ou valores originados no país, não é possível ignorá-lo pelo fato de não estar prevista a sua criação na legislação brasileira. Como se vê, há importantes normas que reconhecem a existência desses *trusts*, e buscam estabelecer deveres de declaração, para controlar a movimentação de recursos brasileiros no exterior e permitir a incidência de tributação sobre eventual renda auferida. No entanto, o desconhecimento de seus elementos fundamentais⁶⁷⁹ leva à incompreensão do instituto, e a visão de que seria um instrumento de blindagem ou ocultação patrimonial impede que venha a ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro – como então ocorrido na Itália com a assinatura da Convenção da Haia sobre *Trusts* e seu Reconhecimento – para a utilização com finalidades legítimas.

5.1.3 A Lei de Repatriação de Divisas

Mais recentemente, referindo-se à omissão de declarações de capitais brasileiros no exterior, a chamada Lei de Repatriação de Divisas⁶⁸⁰ reconheceu expressamente a existência de *trusts* criados com recursos originados no Brasil. De acordo com o regime instituído pela Lei, possibilita-se a reintrodução no Brasil de patrimônio mantido no exterior, ainda que remetido mediante prática de crime, desde que pagos tributo e multa.

A Lei de Repatriação de Divisas exige em seu art. 4.º, ao tratar da declaração única de regularização visando à repatriação, dentre outras informações necessárias à instrução da declaração, a descrição dos respectivos recursos, bens ou direitos de

pegamos o advogado na própria Suíça, que fez seu parecer com relação à situação contratual existente. Esse parecer está em inglês, com suas documentações todas, tem sua tradução em português, que está muito claro que eu não sou proprietário nominal dos ativos, que eu não detenho conta, obviamente eu não detendo conta e não detendo ativo, eu não tenho que declarar. Então, essa é uma discussão, o trust é muito antigo no mundo". (TRIBUTARISTAS contestam explicações de Cunha sobre contas na Suíça. **Jornal Nacional** (online), 07 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/QsYDFk>>. Acesso em: 30 nov. 2015.).

⁶⁷⁹ A explicação do advogado de Cunha, Reginaldo Oscar de Castro, ouvido pelo Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, é bastante elucidativo nesse sentido: "Trust não é conta bancária. O beneficiário não consegue movimentar os recursos de um trust, apenas o administrador", disse o advogado. O depoente ressaltou que os recursos do trust supriam as despesas da família de Cunha, mas o deputado não controlava o dinheiro. 'O investigado, ao dizer que não possui contas na Suíça, disse a verdade', disse o advogado ao ser perguntado sobre Cunha ter afirmado que não possui conta corrente não declarada". (ADVOGADO de Cunha diz que ele não mentiu a CPI sobre contas bancárias. **G1**, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/tJfWqk>>. Acesso em: 13 maio 2016).

⁶⁸⁰ Ver Seção 2.3 (p.96).

qualquer natureza não declarados, remetidos ou mantidos no exterior ou repatriados, ainda que posteriormente repassados à titularidade ou responsabilidade, direta ou indireta, de *trust* de quaisquer espécies.⁶⁸¹

A apresentação da Declaração de Regularização Cambial e Tributária foi regulamentada pela Receita Federal do Brasil por meio da Instrução Normativa n.º 1.627, de 11 de março de 2016. Nessa normativa, volta-se a referir aos *trusts* quando dispõe das obrigações dos contribuintes aderentes ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária. Para além do dever geral imposto a todos os aderentes, pessoas físicas e jurídicas, de manter em boa guarda e ordem, à disposição da Receita, pelo prazo de cinco anos, os documentos utilizados para a atribuição de valor em Real dos recursos objeto de regularização⁶⁸², no caso de *trusts*, a Instrução Normativa exige a manutenção em iguais condições dos documentos que ampararam a declaração de adesão ao Regime. É necessário comprovar, portanto, (i) a identificação do *settlor* – chamado de “instituidor” –, do *trustee* – chamado de “administrador” –, do beneficiário, e, quando houver, do *protector* – chamado de “fiscalizador”, (ii) o estabelecimento de constituição ou relação entre os sujeitos do *trust*, mediante *trust deed*, *letter of wishes* ou documento equivalente, (iii) a relação de bens e ativos do *trust*, em documento emitido pelo *trustee* e averbado pelo *protector*, caso houver, e (iv) a documentação contábil-financeira do *trust*, em documento emitido pelo *trustee* e averbado pelo *protector*, caso houver.⁶⁸³

De acordo com a Instrução Normativa, de modo semelhante ao entendimento do Banco Central do Brasil na declaração de capitais brasileiros no exterior, a declaração para adesão ao Regime Especial de Regularização deve ser feita pelo

⁶⁸¹ Para a relação completa de documentos exigidos ver texto integral do dispositivo de lei referido, transcrito na nota 267 acima (p.98).

⁶⁸² IN/RFB n.º 1.627, Art. 7.º [...] § 3.º Para fins de atribuição do valor em Real dos recursos objeto de regularização deverá ser observado: I – para os ativos referidos nos incisos I e III do caput do art. 3.º, o saldo existente em 31 de dezembro de 2014, conforme documento disponibilizado pela instituição financeira custodiante; II – para os ativos referidos no inciso II do caput do art. 3.º, o saldo credor remanescente em 31 de dezembro de 2014, conforme contrato entre as partes; III – para os ativos referidos no inciso IV do caput do art. 3.º, o valor do patrimônio líquido, proporcionalmente à participação societária ou direito de participação do declarante no capital da pessoa jurídica, apurado em 31 de dezembro de 2014, conforme balanço patrimonial levantado nessa data; IV – para os ativos referidos nos incisos V a VII do caput do art. 3.º, o valor de mercado apurado conforme avaliação feita por entidade especializada; e V – para os ativos não mais existentes ou que não sejam de propriedade do declarante em 31 de dezembro de 2014, o valor presumido nessa data, apontado por documento idôneo que retrate o bem ou a operação a ele referente.

⁶⁸³ IN/RFB n.º 1.627, Art. 14, inciso I.

beneficiário do *trust*⁶⁸⁴, sendo de sua responsabilidade a retificação de suas declarações fiscais após a adesão. Ainda que a Instrução Normativa da Receita Federal preveja a possibilidade de declaração pelo *settlor*, quando não for ele próprio o beneficiário do *trust*⁶⁸⁵, esta declaração servirá apenas para afastar sua responsabilidade criminal pelos atos praticados na constituição do *trust* que configurem prática dos crimes referidos na Lei de Repatriação de Divisas. A declaração pelo *settlor* não beneficiário não implica na regularização cambial e tributária dos bens do *trust*, tampouco isentam o beneficiário de apresentar declaração para valer-se do Regime Especial. É importante observar que, muito embora a titularidade dos bens do *trust* recaia sobre a pessoa do *trustee*, que pode, inclusive, ser pessoa física ou jurídica residente no Brasil, em momento algum a legislação prevê a declaração por ele para a regularização cambial e tributária, tão somente a emissão de documentos comprovando a composição patrimonial do *trust* e sua documentação contábil-financeira. A impressão extraída da legislação brasileira é de que o *trustee* é mero administrador, e não titular dos bens do *trust*.

5.1.4 O mau uso de *trusts* em paraísos fiscais para a lavagem de dinheiro

Embora pudesse ser de alguma forma comemorado o reconhecimento pelo legislador da existência de *trusts*, percebe-se haver evidente má-compreensão de como eles operam. Observa-se certa presunção de má-fé por trás da instituição de *trusts*, como se o seu propósito fosse dissimular ou dificultar a identificação do “verdadeiro” proprietário dos bens do *trust*, em conduta que poderia constituir crime de lavagem de dinheiro.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ IN/RFB n.º 1.627, Art. 9.º.

⁶⁸⁵ IN/RFB n.º 1.627, Art. 9.º, parágrafo único.

⁶⁸⁶ Art. 1.º, Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” Na prática desta ocultação ou dissimulação da propriedade dos bens, costumam-se identificar três etapas distintas, conforme explicado por Sérgio Fernando Moro: “É usual no estudo da lavagem de dinheiro a referência às fases ou às etapas do crime. Seriam elas a colocação (*placement*), a dissimulação ou circulação (*layering*) e a integração (*integration*). Na primeira etapa, o produto do crime é desvinculado de sua origem material; na segunda, o numerário é movimentado por meio de diversas transações de modo a impedir ou dificultar o rastreamento, e pela Terceira é reintegrado em negócios ou propriedades, com a simulação de investimentos lícitos”. (MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.32).

Ainda que o legislador brasileiro reconheça a existência de *trusts* e a até mesmo a possibilidade de que eles sejam constituídos por brasileiros ou compreendam bens, direitos ou valores originados no Brasil, o ordenamento jurídico pátrio mantém certa desconfiança com relação a esse arranjo patrimonial, como observado anteriormente.⁶⁸⁷

Como visto, há confusão entre os *trusts* e as chamadas empresas *offshore*, tidas como as pessoas jurídicas que operam fora dos limites territoriais onde estão localizadas ou constituídas fora dos limites territoriais de sua matriz ou do domicílio de seus controladores.⁶⁸⁸ Ainda que as empresas *offshore* não possuam forma jurídica determinada, podendo apresentar a forma e o tipo adequados à sua finalidade essencial⁶⁸⁹, não podendo sequer ser confundidas com um tipo societário, são as *offshores* necessariamente pessoas jurídicas, possuindo personalidade diversa da de seus administradores ou controladores. Por esse motivo, primeiramente, não há como se tratar *trusts* e *offshores* como institutos idênticos ou mesmo semelhantes.

Embora, como visto, não seja tecnicamente correto, há popularmente a noção de que empresas *offshore* são aquelas constituídas em paraísos fiscais.⁶⁹⁰ Por tal motivo, considerando-se ainda a pluralidade de fatos noticiados de *trusts* constituídos em dependências consideradas paraísos fiscais⁶⁹¹, é importante definir o que se entende por "paraíso fiscal", assim como a consequência jurídica de possuir capitais nessas dependências.

⁶⁸⁷ Ver Seção 2.3, p. 96-99.

⁶⁸⁸ PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas offshore**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Pillares, 2007. p.32. No mesmo sentido, PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.165. ("São pessoas jurídicas que atuam, exclusivamente, fora dos limites territoriais onde está localizada a matriz, realizam seus negócios não necessariamente em paraísos fiscais, com capital de não residentes, distintas finalidades e diversas classificações, como, por exemplo, uma sociedade anônima."); KRONBERG, Helcio. **Gestão de patrimônio pessoal**. São Paulo: Hemus, 2002. p.121 ("Já é senso comum que uma empresa *off-shore* é aquela pessoa jurídica que opera fora dos limites territoriais onde está localizada, ou do domicílio de seus controladores.")

⁶⁸⁹ PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas offshore**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Pillares, 2007. p.32.

⁶⁹⁰ Veja-se, a curioso título ilustrativo, a descrição inicial do verbete "*Offshore*" da enciclopédia baseada na web de licença livre *Wikipedia*: "Chamam-se popularmente de **offshores** as contas bancárias e empresas abertas em paraísos fiscais, geralmente com o intuito de pagar-se menos impostos do que no país de origem dos seus proprietários". (Disponível em: <<https://goo.gl/OEe9FK>>. Acesso em: 14 maio 2016).

⁶⁹¹ CHRISTOFOLETTI, Lilian. Polícia da ilha de Jersey diz não poder informar quais os tipos de contas da família Maluf. **Folha de São Paulo** (online), 14 jun. 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/JK9WQ2>>. Acesso em: 15 maio 2016; BARROCAL, André. Cunha, inimigo simbólico do cerco global a paraísos fiscais. **Carta Capital** (online), 16 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/IRkxiz>>. Acesso em: 15 maio 2016; GRADILONE, Cláudio. Sigilo à americana. **IstoÉ Dinheiro** (online), 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/lepq5m>>. Acesso em: 15 maio 2016; MANSO, Joaquín; MARTÍNEZ, Víctor; LEAL, Jose F. El ministro Soria tenía otra sociedad en el paraíso fiscal de Jersey. **El Mundo** (online), 14 abr. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/7pM5nM>>. Acesso em: 15 maio 2016.

É importante destacar, primeiramente, que não há uma definição precisa do que sejam paraísos fiscais⁶⁹², mormente por se tratar de uma definição política feita por um Estado para alcançar "países que concedem benefícios fiscais 'anormais' para favorecer certo tipo de atividade".⁶⁹³ No caso do Brasil, os critérios para identificar os paraísos fiscais estão presentes na Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, incrementada pela Lei n.º 11.727, de 23 de junho de 2008. Destaque-se, desde logo, que a legislação brasileira em passagem alguma refere-se a "paraísos fiscais" – expressão originada do termo inglês "*tax haven*". A Lei n.º 9.430, de 1996, refere em vez disso a países com tributação favorecida e a regimes fiscais privilegiados.

Desde sua redação original, em 1996, a Lei n.º 9.430, que dispõe sobre a legislação tributária federal, trata por países com tributação favorecida aqueles que não tributem a renda ou a façam em alíquota máxima inferior a vinte por cento (art. 24, *caput*). Com a alteração pela Lei n.º 11.727, de 2008, foi inserido parágrafo acrescentando à definição de país ou dependência com tributação favorecida àqueles cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes (art. 24, § 4.º). Note-se que tais definições se amoldam a algumas das conceituações já buscadas para "paraísos fiscais".⁶⁹⁴ A Lei de 2008, no entanto, acrescentou marcado grau de complexidade nestas definições, pois criou, para além da categoria de "país com tributação favorecida", também os chamados "regimes fiscais privilegiados", entendidos como os países ou dependências que apresentem uma ou mais das seguintes características: (i) não tribute a renda ou o faça em alíquota máxima inferior a vinte por cento, (ii) conceda vantagem de natureza fiscal a não residente sem exigência ou condicionada ao não exercício de atividades econômica substantiva no território, (iii) não tribute os

⁶⁹² "São inúmeras as tentativas de conceituar os paraísos fiscais e isso se deve ao fato de não resistirem às avaliações empíricas de refutação, quer por imprecisão ou alcance exagerado, tanto que poderiam compreender qualquer país". (PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.143).

⁶⁹³ PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.143.

⁶⁹⁴ "de forma geral, seriam aqueles territórios que, sobre os rendimentos de não-residentes ou equiparados a residentes, impõem uma reduzida ou nula tributação e que dispõem de segredo bancário, falta de controle de câmbio de diversas facilidades para a constituição e administração de sociedades"; PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas offshore**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Pillares, 2007. p.25: "O Paraíso Fiscal, ou *Tax Haven*, como é conhecido, pode ser definido como sendo um país onde os encargos e as obrigações tributárias incidentes são muito reduzidas ou até mesmo inexistentes". (PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.143).

rendimentos auferidos fora de seu território, ou o faça em alíquota máxima inferior a vinte por cento, e/ou (iv) não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. Em ambos os casos (tributação favorecida e regime privilegiado), a Lei permite que o Poder Executivo reduza, excepcionalmente e de forma restrita, o percentual de vinte por cento estabelecido na definição dos regimes, para excluir da classificação países que componham blocos econômicos do qual o Brasil participe (art. 24-B).

Vê-se, assim, que há pouca diferença entre as definições de "país com tributação favorecida" e "regime fiscal privilegiado", podendo haver, em tese, a conclusão de que seriam categorias sinônimas. No entanto, ao regulamentar as disposições legais em comento, a Receita Federal do Brasil, por meio da Instrução Normativa n.º 1.037, de 4 de junho de 2010, relacionou os países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados, tendo o feito em dois dispositivos distintos. No primeiro, relativo aos países ou dependências com tributação favorecida, arrolou os territórios que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a vinte por cento ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.⁶⁹⁵ Já no segundo dispositivo, a Instrução arrola os regimes fiscais que considera privilegiados, não trazendo qualquer definição alusiva à Lei n.º 9.430, de 1996.⁶⁹⁶ Em cada um dos regimes arrolados no

⁶⁹⁵ Art. 1.º, IN/RFB n.º 1.037/2010: "Art. 1.º Para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento) ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições : I - Andorra; II - Anguilla; III - Antígua e Barbuda; IV - Antilhas Holandesas; V - Aruba; VI - Ilhas Ascensão; VII - Comunidade das Bahamas; VIII - Bahrein; IX - Barbados; X - Belize; XI - Ilhas Bermudas; XII - Brunei; XIII - Campione D' Italia; XIV - Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); XV - Ilhas Cayman; XVI - Chipre; XVII - Cingapura; XVIII - Ilhas Cook; XIX - República da Costa Rica; XX - Djibouti; XXI - Dominica; XXII - Emirados Árabes Unidos; XXIII - Gibraltar; XXIV - Granada; XXV - Hong Kong; XXVI - Kiribati; XXVII - Lebuán; XXVIII - Líbano; XXIX - Libéria; XXX - Liechtenstein; XXXI - Macau; XXXII - Ilha da Madeira; XXXIII - Maldivas; XXXIV - Ilha de Man; XXXV - Ilhas Marshall; XXXVI - Ilhas Maurício; XXXVII - Mônaco; XXXVIII - Ilhas Montserrat; XXXIX - Nauru; XL - Ilha Niue; XLI - Ilha Norfolk; XLII - Panamá; XLIII - Ilha Pitcairn; XLIV - Polinésia Francesa; XLV - Ilha Queshm; XLVI - Samoa Americana; XLVII - Samoa Ocidental; XLVIII - San Marino; XLIX - Ilhas de Santa Helena; L - Santa Lúcia; LI - Federação de São Cristóvão e Nevis; LII - Ilha de São Pedro e Miguelão; LIII - São Vicente e Granadinas; LIV - Seychelles; LV - Ilhas Solomon; LVI - St. Kitts e Nevis; LVII - Suazilândia; LVIII - *revogado*; LIX - Sultanato de Omã; LX - Tonga; LXI - Tristão da Cunha; LXII - Ilhas Turks e Caicos; LXIII - Vanuatu; LXIV - Ilhas Virgens Americanas; e LXV - Ilhas Virgens Britânicas". A Suíça foi excluída do rol pela Instrução Normativa RFB n.º 1.474, de 18 de junho de 2014, que revogou o inciso LVIII.

⁶⁹⁶ Art. 2.º, IN/RFB n.º 1.037/2010: "Art. 2.º São regimes fiscais privilegiados: I - *revogado*; II - com referência à legislação do Uruguai, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de 'Sociedades Financeiras de Inversão (Safis)' até 31 de dezembro de 2010; III - com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; IV - com referência

art. 2.º da Instrução Normativa a norma traz uma situação peculiar, destoante do restante do regime tributário ou fiscal daquele país, não podendo extrair qualquer diretriz, para além daquela já prevista no art. 24-A da Lei n.º 9.430, de 1996. A conclusão permitida pela Instrução Normativa, no entanto, é que os chamados países ou dependências com tributação favorecida são aqueles cujo regime fiscal geral prevê um ou mais dos benefícios fiscais previstos no *caput* ou no § 4.º do art. 24 da Lei n.º 9.430, de 1996. Já os regimes fiscais privilegiados são aquelas cuja legislação tributária em geral não seja favorecida, mas contenha algum regime peculiar que crie algum favorecimento a não residentes, como nos exemplos trazidos no art. 2.º da Instrução Normativa.

Há, no entanto, liberdade dos Estados para definir o que entendem por "paraísos fiscais" ou regimes equivalentes. Exemplo disso é o fato de o Brasil, hoje, indicar 64 territórios como "países ou dependências com tributação favorecida" e oito regimes fiscais privilegiados, ao passo que, segundo pesquisa feita em 2007, a Argentina relaciona 88 paraísos fiscais, o México, 72, a Espanha, 48, e Portugal, 53.⁶⁹⁷

à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; V - com referência à legislação da Islândia, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC); VI - *revogado*; VII - com referência à legislação dos Estados Unidos da América, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Limited Liability Company (LLC) estaduais, cuja participação seja composta de não residentes, não sujeitas ao imposto de renda federal; VIII - com referência à legislação da Espanha, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (E.T.V.Es.); IX - com referência à legislação de Malta, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC) e de International Holding Company (IHC); ou X - com referência à Suíça, os regimes aplicáveis às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company, domiciliary company, auxiliary company, mixed company e administrative company cujo tratamento tributário resulte em incidência de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), de forma combinada, inferior a 20% (vinte por cento), segundo a legislação federal, cantonal e municipal, assim como o regime aplicável a outras formas legais de constituição de pessoas jurídicas, mediante rulings emitidos por autoridades tributárias, que resulte em incidência de IRPJ, de forma combinada, inferior a 20% (vinte por cento), segundo a legislação federal, cantonal e municipal".

⁶⁹⁷ "A estranheza fica por conta da constatação de o Brasil possuir 53 países listados, enquanto a vizinha Argentina, na última atualização realizada por meio do Decreto Nacional 916/04, em seu art. 1.º, relaciona 88 países e territórios, além de o México apontar, atualmente, 72 paraísos fiscais em sua lista, sendo que apenas países desenvolvidos, como a Espanha, com 48, e Portugal, com 53 jurisdições, têm a mesma média brasileira". (PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.146-147). A pesquisa não foi refeita, por não ser o cerne do presente trabalho. Embora desatualizado, o dado bem ilustra a liberdade na classificação, tornando impossível uma conceituação acadêmica universal.

Embora seja pacífico que a manutenção de patrimônio em paraísos fiscais não seja em si um crime⁶⁹⁸, há nítido interesse do Estado brasileiro no estabelecimento de uma "lista negra"⁶⁹⁹, como a prevista na Instrução Normativa n.º 1.037 da Receita Federal, pois se visa ao estabelecimento de mecanismos de controle para a realização de negócios no Brasil. Isto é pensado porque, segundo Edson Pinto, as principais motivações para a utilização de paraísos fiscais por brasileiros são a lavagem de dinheiro, o receio de confisco de bens pelo governo, a elisão e a evasão fiscal, a simplificação de processos hereditários, a proteção contra a desvalorização cambial, a instabilidade política e econômica do país e a utilização de benefícios de repatriação para o país.⁷⁰⁰ Tendo em vista a adoção do princípio da universalidade⁷⁰¹ adotado pelo Brasil por meio da Lei n.º 9.430, de 1996⁷⁰², há um legítimo interesse estatal na tributação de operações originadas no exterior, principalmente aquelas envolvendo capitais originados no país. Assim, visando combater as repercussões negativas da internacionalização do capital nacional nas dívidas interna e externa brasileira⁷⁰³, foram adotadas medidas de alcance fiscal e tributário, financeiro e

⁶⁹⁸ PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas offshore**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Pillares, 2007. p.35 ("Inicialmente, convém lembrar novamente, que 'Paraíso Fiscal' não é algo imoral ou onde se permite tudo em que outros lugares é proibido. Não é o lugar que serve para 'lavar dinheiro' e se praticar outras atividades criminosas, o que aliás existe em todos os lugares do mundo, independentemente de ser ou não um paraíso fiscal").

⁶⁹⁹ A expressão é de Edson Pinto (**Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.206).

⁷⁰⁰ PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.201-202.

⁷⁰¹ "Chamada também de bitributação ou pluritributação, [a dupla tributação internacional] ocorre quando incide sobre o indivíduo uma tributação internacional definida como o resultado de uma legítima imposição ao mesmo sujeito passivo, por duas nações soberanas, de créditos que correspondam a interesses tributários materialmente semelhantes. É considerada negativa do ponto de vista econômico-financeiro, contudo, perfeitamente legítima, não constituindo qualquer tipo de ilícito, nem fiscal, nem de direito internacional". (PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.142, n.r. 7); "O regime adotado, atualmente, como regra geral pelos países exportadores de capital diante de fatores como a internacionalização da economia e a inserção de uma nova ordem econômica, dentre outros, depois de uma longa evolução legislativa é o princípio da universalidade das rendas. A tendência contemporânea é de adotar o princípio da universalidade (*world wide income taxation*) como regra de conexão para os Estados que buscam, com a sua aplicação, desconsiderar o local de produção ou da fonte da renda, interna ou externa, taxando o contribuinte de acordo com o seu país de residência, domicílio ou nacionalidade, o que explica a ultraterritorialidade das normas de Direito tributário internacional, que permitem tributar os contribuintes, mesmo sobre os ganhos obtidos no exterior". (PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.142, n.r. 8).

⁷⁰² PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.204.

⁷⁰³ "A internacionalização do capital nacional, com repercussão extremamente negativa nas dívidas interna e externa brasileira, transformou algumas pequenas ilhotas do Caribe em grandes credoras e maiores exportadoras para o Brasil mesmo sem nada produzir, até porque na maioria delas não há espaço físico para plantações, não há fábricas nem tecnologia, mas os 'lançamentos' informam que capitais e mercadorias transitaram por lá". (PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.202).

econômico e administrativo e judiciário para inibir o emprego de ambientes regulatórios permissivos e, direta ou indiretamente, prevenir e reprimir operações de lavagem de dinheiro. Dentre essas medidas⁷⁰⁴, destacam-se a incidência de alíquota de 25% para os rendimentos auferidos por beneficiário residente no Brasil em países ou dependências com tributação favorecida, de acordo com o art. 8.º da Lei n.º 9.779, de 19 de janeiro de 1999, em oposição aos 15% normalmente aplicados, e a exclusão das pessoas jurídicas sediadas em paraísos fiscais dos benefícios fiscais do imposto de renda concedidos aos demais não residentes pela Medida Provisória n.º 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.⁷⁰⁵

Como dito, há preocupação com a utilização de paraísos fiscais, e especialmente de *trusts* constituídos em países e dependências classificados pela legislação brasileira como paraísos fiscais, para a ocultação de titularidade de bens e ativos originados de crime, o que constitui lavagem de dinheiro. Cite-se, nesse sentido, a Carta Circular n.º 3.542, de 12 de março de 2012, do Banco Central do Brasil, que, entre as operações passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) por configurar indícios de ocorrência de crime de lavagem de dinheiro, considerando as partes envolvidas, os valores, a frequência, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal, aponta em seu art. 1.º, inciso IV, alínea "u", as "transações significativas e incomuns por meio de contas de depósitos de investidores não residentes constituídos sob a forma de trust".

A Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, após as modificações promovidas pela Lei n.º 12.683, de 9 de julho de 2012, define como crime de lavagem de dinheiro a ocultação ou a dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, sendo punida com pena de reclusão de três a dez anos, e multa (art. 1.º, *caput*). Além disso, a lei define como condutas equiparadas à lavagem de dinheiro (i) a conversão de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal em ativos lícitos, (ii) a aquisição, o recebimento, a troca, a negociação, a entrega ou o recebimento em garantia, a guarda, a manutenção em depósito, a

⁷⁰⁴ Pinto descreve detalhadamente todas as medidas de alcance fiscal e tributário (PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.204-206), financeiro e econômico (p.206-211) e administrativo e judiciário (p.211-213) adotadas pelo Brasil até o ano 2007. Por não ser o objetivo do trabalho descrever exaustivamente o regime tributário de paraísos fiscais, optou-se por enumerar apenas aquelas medidas de maior pertinência com a temática dos *trusts*.

⁷⁰⁵ PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.207-208.

movimentação ou a transferência desses bens, direitos ou valores, e (iii) a importação ou exportação de bens provenientes de infração penal com valores não correspondentes aos verdadeiros, se tais condutas são praticadas com a finalidade de ocultar ou dissimular a utilização desses bens, direitos ou valores (art. 1.º, § 1.º). Há também conduta equiparada a lavagem de dinheiro, punida nas mesmas penas, na utilização, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, ou na participação de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na Lei (art. 1.º, § 2.º).

Verifica-se haver, entre os organismos internacionais de combate à lavagem de dinheiro, preocupação do uso de *trusts* no cometimento desses crimes. Exemplo disso é o Relatório do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF⁷⁰⁶) sobre a Lavagem de Dinheiro pelo Uso de Prestadores de Serviços de *Trusts* e Companhias.⁷⁰⁷ No Relatório, o GAFI aponta para a existência de diversos estudos que indicam a utilização de pessoas jurídicas e arranjos patrimoniais para a facilitação da lavagem de dinheiro⁷⁰⁸, de modo que os Prestadores de Serviços de *Trusts* e Companhias⁷⁰⁹ desempenham um

⁷⁰⁶ Segundo o Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Ministério da Fazenda (COAF), "O Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) é uma organização intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Criado em 1989, o GAFI é um organismo elaborador de políticas que atua visando a gerar a vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias nessas áreas. Para cumprir este objetivo, o GAFI publicou as suas Recomendações. Periodicamente, o GAFI realiza avaliação dos países membros acerca da implementação de medidas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo". (Disponível em: <<http://goo.gl/dJCIsk>>. Acesso em: 20 maio 2016).

⁷⁰⁷ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money Laundering Using Trust and Company Service Providers**. FATF Report. Paris: FATF/GAFI, out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/iHP7pN>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷⁰⁸ "There have been a number of studies over the years which highlight the use of legal persons and legal arrangements to facilitate money laundering". (FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money Laundering Using Trust and Company Service Providers**. FATF Report. Paris: FATF/GAFI, out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/iHP7pN>>. Acesso em: 20 maio 2016. p.6). Tradução livre: "Houve uma série de estudos ao longo dos anos que destacam a utilização de pessoas jurídicas e arranjos jurídicos para facilitar a lavagem de dinheiro".

⁷⁰⁹ "the term 'Trust and Company Service Providers' has the meaning used by the FATF and thus includes all those persons and entities that, on a professional basis, participate in the creation, administration and management of trusts and corporate vehicles". (FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money Laundering Using Trust and Company Service Providers**. FATF Report. Paris: FATF/GAFI, out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/iHP7pN>>. Acesso em: 20 maio 2016. p.7). Tradução livre: "a expressão 'Prestadores de Serviços de *Trusts* e Companhias' tem o sentido utilizado pelo GAFI e portanto inclui todas as pessoas e entidades que, em sua atuação profissional, participam da criação e administração de *trusts* e veículos societários".

papel fundamental na composição desses arranjos, sendo usados com o ou sem o seu conhecimento, para a prática de ilícitos.⁷¹⁰ No Relatório há, inclusive, alusão da Prestadores de Serviços de *Trusts*, como advogados, que atuam na constituição de *trusts* e empresas offshore para seus clientes, mesmo que sediados em países que não possuem *trusts*⁷¹¹, sendo esse o caso de Brasil, como apontado acima. O relatório é extenso, e estabelece parâmetros para a fiscalização desses prestadores de serviços, devido à possível utilização de *trusts* e outros arranjos patrimoniais, como é o caso das companhias *offshores*, para o cometimento de crimes de lavagem de dinheiro.⁷¹²

O uso de *trusts* constituídos a partir de prestadores de serviços especializados para a prática de crimes, inclusive de lavagem de dinheiro, foi bem demonstrada na investigação pelo Consórcio Internacional de Jornalistas Investigativos⁷¹³ acerca de documentos confidenciais produzidos pelo escritório de advocacia Mossack Fonseca, no Panamá, contendo informações detalhadas sobre contas, sociedades e *trusts* em paraísos fiscais, inclusive a identidade dos titulares, sócios, acionistas e beneficiários.

⁷¹⁰ "TCSPs are often involved in some way in the establishment and administration of most legal persons and arrangements; and accordingly in many jurisdictions they play a key role as the gatekeepers for the financial sector. This report provides a number of case studies which demonstrate that TCSPs have often been used, wittingly or unwittingly, in the conduct of money laundering activities". (FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money Laundering Using Trust and Company Service Providers**. FATF Report. Paris: FATF/GAFI, out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/iHP7pN>>. Acesso em: 20 maio 2016. p.7). Tradução livre: "PSTCs são frequentemente envolvidos de alguma forma na constituição e na administração da maior parte das pessoas e arranjos jurídicos; igualmente, em muitas dependências, eles desempenham um papel importante como guardiões do setor financeiro. Este relatório fornece uma série de estudos de caso que demonstram que os PSTCs foram usados com frequência, com ou sem conhecimento, na condução de atividades de lavagem de dinheiro".

⁷¹¹ "However, it has previously been found that a majority of jurisdictions still do not regulate or in any way supervise the operation of TCSPs, despite the fact that lawyers and other professionals are providing trust and company services. For example, in almost all jurisdictions lawyers will be involved in the formation of foreign companies for clients. The same is true for trusts, as lawyers or other professionals within the jurisdiction may well be engaged in the administration of trusts, even if the jurisdiction does not recognize this. However, there may be no barrier in such jurisdictions to a resident professional acting as a trustee for a trust established under the law of a jurisdiction that does recognize trusts". (FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money Laundering Using Trust and Company Service Providers**. FATF Report. Paris: FATF/GAFI, out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/iHP7pN>>. Acesso em: 20 maio 2016. p.10-11). Tradução livre: "No entanto, identificou-se previamente que a maioria das dependências ainda não regulam ou de qualquer forma supervisionam a operação de PSTCs, embora advogados e outros profissionais prestam serviços de *trusts* e companhias. Por exemplo, em quase todos os países advogados estarão envolvidos na formação de companhias estrangeiras para seus clientes. O mesmo é verdadeiro para os *trusts*, pois advogados e outros profissionais do país podem bem estar engajados na administração de *trusts*, mesmo que não sejam reconhecidos pelo país onde atuam. No entanto, é possível não haver qualquer barreira em tais países para um profissional residente agir como *trustee* para um *trust* estabelecido sob a lei de outro país que reconheça *trusts*".

⁷¹² A íntegra do Relatório pode ser acessada em <<http://goo.gl/iHP7pN>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷¹³ *The International Consortium of Investigative Journalists* – ICIJ (<<http://www.icij.org>>).

A série de investigações ficou conhecida por "*Panama Papers*", referente aos 11,5 milhões de documentos recebidos pelos jornalistas a partir de uma fonte anônima. Os resultados das investigações são publicados em um portal oficial do ICIJ⁷¹⁴, a partir de reportagens, identificando os principais envolvidos no caso, inclusive chefes de Estado e altos agentes governamentais.⁷¹⁵ Mais recentemente, foi noticiado também o envolvimento de celebridades internacionais, artistas e atletas que utilizaram os serviços do escritório de advocacia para a colocação de seus bens em paraísos fiscais.⁷¹⁶ É possível a consulta de todas as entidades constituídas em paraísos fiscais pela Mossack Fonseca em um banco de dados, a fim de verificar a sua composição.⁷¹⁷ Apesar do sensacionalismo com que essas informações confidenciais, protegidas pelo sigilo entre advogado e cliente, são tratadas, ao acessar o banco de dados, o usuário logo depara-se com um alerta, avisando haver usos legítimos de paraísos fiscais.⁷¹⁸ Uma simples busca por entidades vinculadas ao Brasil revela a existência de 1.399 entidades *offshore*, administradas por 2.056 agentes, utilizando 406 intermediários e 1.438 endereços.⁷¹⁹

Os levantamentos feitos a respeito do envolvimento de brasileiros pelos "*Panama Papers*" são tratados pela imprensa nacional como atos suspeitos, em manchetes de destaque, dando a impressão de que o uso de *trusts* e outras companhias em paraísos fiscais é, em si, um ilícito.⁷²⁰

O que esses dados indicam é que há a necessidade de conscientizar as autoridades públicas brasileiras para a existência de *trusts* constituídos no exterior,

⁷¹⁴ THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. The Panama Papers. **Politicians Criminals and the Rogue Industry that Hides their Cash**. Disponível em: <<https://goo.gl/YBhbTp>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷¹⁵ THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. Panama Papers. **The Power Players**. Disponível em: <<https://goo.gl/8UmCGz>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷¹⁶ THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. The Panama Papers. **Giant Leak of Offshore Financial Records Exposes Global Array of Crime and Corruption**. Disponível em: <<https://goo.gl/5rnf53>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷¹⁷ THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. **Offshore Leaks Database**. Disponível em: <<https://goo.gl/IgnHk3>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷¹⁸ "There are legitimate uses for offshore companies and trusts. We do not intend to suggest or imply that any persons, companies or other entities included in the ICIJ Offshore Leaks Database have broken the law or otherwise acted improperly". (Disponível em: <<https://goo.gl/IgnHk3>>. Acesso em: 20 maio 2016). Tradução livre: "Há usos legítimos para companhias *offshore* e *trusts*. Não temos a intenção de sugerir ou insinuar que quaisquer pessoas, companhias ou entidades incluídas do Banco de Dados de Vazamentos sobre *Offshores* do ICIJ infringiram alguma lei ou agiram de maneira imprópria".

⁷¹⁹ THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. **Browse by country Brazil**. Disponível em: <<https://goo.gl/9998DG>>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷²⁰ Ver a subpágina do Portal Eletrônico do jornal O Estado de São Paulo. (Disponível em: <<http://goo.gl/1larhk>>. Acesso em: 20 maio 2016).

inclusive em paraísos fiscais, com recursos e cidadãos brasileiros. O fato de não haver norma específica regulamentando o reconhecimento de *trusts*, tampouco sua constituição, cria a impressão que seu objeto é predominantemente ilícito, embora não seja esse o caso. Para que possa haver a adequada declaração dos *trusts* às autoridades fazendárias brasileiras, é necessário haver melhor compreensão sobre esses arranjos, além de adequado marco legislativo que imponha deveres claros e coerentes aos *settlers*, *trustees* e beneficiários sujeitos à legislação brasileira. Enquanto medidas oficiais não forem adotadas, persistirá a dependência em interpretações duvidosas, impondo deveres excessivamente onerosos sobre os sujeitos do *trust*, desconexos com seu papel dentro da estrutura dos arranjos patrimoniais.

Como se vê, a despeito da pluralidade de disposições relativas aos *trusts*, ainda permanece grande confusão a respeito da definição do instituto. Isso é de grande relevância para a legislação penal, em que impera a garantia de reserva legal, sendo imprescindível para a tipificação de delitos a estrita definição de conceitos jurídicos nos tipos penais.⁷²¹ Sendo possível a condenação de indivíduos por lavagem de dinheiro caso se entenda que a figuração como beneficiário em *trust* mantido no exterior sem a devida comunicação às autoridades fiscais brasileiras pode configurar ocultação ou

⁷²¹ "O princípio da legalidade, também conhecido por 'princípio da reserve legal' e divulgado pela fórmula 'nullum crimen nulla poena sine lege', surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutism e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo". (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.65). No mesmo sentido, demarcando detalhadamente a taxatividade exigida da lei penal, não apenas em sua capitulação jurídica como também seu alcance interpretativo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v.1. p.206-207: "Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas, nem por isso o princípio da legalidade deve ser desprezado, mas sim cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra. Daí, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal. Este princípio corre riscos a cada dia mais grave, como resultado da *descodificação*? da legislação penal. embora se trate de um princípio elementar para a segurança jurídica, não importa numa legitimação do poder punitivo que com o tipo se habilita, pois a arbitrariedade pode produzir-se na própria determinação legal. Quando os limites legais não se estabelecem dessa forma, quando o legislador prescinde do verbo típico ou quando ele comina uma escala penal de amplitude inusitada, tal como quando remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: **a)** declarar a inconstitucionalidade da lei; **b)** aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa".

dissimulação de propriedade de bens, torna-se indispensável conceituar adequadamente os *trusts* e bem compreender como se dá o seu funcionamento.

Volta-se a afirmar: os *trusts* já são uma realidade no direito brasileiro. Esta realidade precisa ser devidamente regulamentada. Em vez de repudiar ou, pior, esconder a existência de *trusts* criados com recursos brasileiros, deve-se encarar de frente essa realidade e regular o funcionamento dos *trusts* no Brasil.

É comum, nesse sentido, identificar que a decisão – jurídica ou política – de não regular os *trusts* parece se esconder atrás do mito de que o instituto seria incompatível com a tradição *civil law*. Invoca-se frequentemente a cisão do domínio entre *legal title* e *equitable title* – característica do *trust* inglês medieval – como característica que inviabilizaria a recepção dos *trusts* no Brasil. Tal afirmação virou verdadeiro dogma, o que paralisa maiores desenvolvimentos nessa área.

Deve-se destacar, aqui, que a Convenção da Haia sobre *Trusts* confere ampla liberalidade aos Estados-membros para que haja adaptações do instituto e regulamentações para amoldar os *trusts* às peculiaridades de cada país. É oportuno relembrar que a Convenção foi redigida voltada especificamente à possibilidade de reconhecimento de *trusts* em países da *civil law*. A oposição fundada em pretensa incompatibilidade não passa de resistência à incorporação de um instituto de notáveis virtudes.

Trata-se o *trust* de figura secular, cuja sobrevivência desde sua primordial origem no direito medieval inglês demonstra ser um instituto vantajoso, sendo instituído por pessoas no mundo todo para a persecução das mais diversas finalidades, em sua maioria lícitas. Havendo constante interesse na constituição de *trusts*, não há motivo para crer que seria extinto ou barrado em decorrência apenas de campanha difamatória.

5.2 AS LACUNAS COLMATADAS PELOS TRUSTS NA TUTELA DOS INCAPAZES E DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

5.2.1. Uma breve radiografia da família contemporânea e os desafios da proteção dos incapazes e das pessoas com deficiência em relação a *trusts*

Como visto na seção anterior, o direito brasileiro já convive com *trusts*, havendo na legislação uma primeira aproximação com o instituto. A partir desse contato preliminar, houve equívocos, confusões e até distorções dos *trusts* que necessitaram

de maior esclarecimento: aclarar a relação entre *trusts* e paraísos fiscais e desfazer a confusão entre *trusts* e companhias *offshore*.

Para além de desempenhar importantes funções no mundo dos negócios, é possível com os *trusts* também desempenhar funções nobres na proteção de incapazes e pessoas com deficiência, uma das razões pelas quais o instituto é tão frequentemente usado. Lamenta-se que essa faceta da utilidade dos *trusts* não seja explorada pela mídia, preferindo-se divulgar casos em que há mau uso do instituto.

A análise do perfil da família contemporânea revela que o *trust* pode cumprir significativas funções também nessa seara. Como será visto, diversos fatores apontam para o fato de que as famílias estão cada vez menores. Mas não é só isso. Além de uma diminuição quantitativa do número efetivo de integrantes que a compõem, nota-se também um enfraquecimento da intensidade dos vínculos em si considerados. Com isso, emerge o seguinte questionamento: quem ficará responsável pelos cuidados médicos, financeiros e emocionais dos familiares incapazes e das pessoas com deficiência?

De fato, a indagação acima posta tem o condão de sintetizar a angústia sofrida por grande parte da população brasileira. Acredita-se que o Direito, como instrumento de pacificação social, precisa oferecer respostas para ao menos mitigar inseguranças futuras. Para bem compreender as principais bases desse desafio, cabe primeiramente uma digressão que explique o transcurso operado no seio da família para, então, oferecer alguns caminhos.

A codificação civil de 1916 consagrou a chamada família patriarcal, a qual espelhava o modelo típico da elite agrária da época, os senhores de engenho.⁷²² Essa família retratada no Código Beviláqua era composta por um elevado contingente de pessoas. Além do casal, havia também "a prole numerosa, os agregados, os aparentados de toda a sorte e os serviçais, todos se misturando pelo espaço amplo durante todo o tempo".⁷²³

No contexto de um país predominantemente agropastoril, uma família numerosa "fazia sentido na medida em que eram necessários mais braços para a manutenção

⁷²² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2.ed. Salvador: Martins Fontes, 2006. p.24.

⁷²³ HIRONAKA, Giselda. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Orgs.). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.27.

da atividade produtiva rural".⁷²⁴. Porém, com o passar do tempo, fatores como a urbanização, a industrialização e até mesmo o advento de métodos contraceptivos, redundaram na diminuição do número de integrantes da família.

Como afirma Silvana Carbonera, no Brasil, "de uma família extensa e numerosa, chegou-se às portas do século XXI com uma família nuclear e reduzida".⁷²⁵ Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE confirmam a lição, pois a taxa de fecundidade total do país decresceu de 6,16 filhos em média em 1940 para 1,9 por mulher em 2010:

FIGURA 1 - TAXA DE FECUNDIDADE TOTAL, SEGUNDO AS GRANDES REGIÕES - 1940/2010

Grandes Regiões	Taxa de fecundidade total							
	1940	1950	1960	1970	1980	1991	2000	2010
Brasil	6,16	6,21	6,28	5,76	4,35	2,89	2,38	1,90
Norte	7,17	7,97	8,56	8,15	6,45	4,20	3,16	2,47
Nordeste	7,15	7,50	7,39	7,53	6,13	3,75	2,69	2,06
Sudeste	5,69	5,45	6,34	4,56	3,45	2,36	2,10	1,70
Sul	5,65	5,70	5,89	5,42	3,63	2,51	2,24	1,78
Centro-Oeste	6,36	6,86	6,74	6,42	4,51	2,69	2,25	1,92

FONTE: IBGE. **Censo Demográfico**. Disponível em: <goo.gl/ugeS93>. Acesso em: 10 de jun. 2016.

Na síntese precisa de José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco Muniz, trata-se da passagem da família patriarcal para a família nuclear. Segundo os autores, este processo "é o resultado de profundas modificações das estruturas sociais, econômicas, políticas e culturais (revolução industrial, grandes concentrações urbanas, inserção da mulher no processo de produção e emancipação feminina)".⁷²⁶

O resultado prático imediato dessa mudança é que a família, de modo geral, passa a ser circunscrita ao seu cerne, seu núcleo fundamental: pai, mãe e filhos. O grupamento familiar deixa então de ser uma unidade de produção. Há, portanto, uma separação entre lar e local de trabalho.

⁷²⁴ CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Orgs.). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.35.

⁷²⁵ CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Orgs.). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.46.

⁷²⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998. p.9-10.

Atualmente, o modelo nuclear passou a ser ainda mais reduzido. É que o conceito de família não se confunde hodiernamente com a chamada triangulação (pai, mãe e filho).⁷²⁷ Prova disso é o reconhecimento jurídico da família monoparental na Constituição Federal de 1988, no art. 226, ao lado do casamento e da união estável.⁷²⁸ Antes relegada à invisibilidade, a família monoparental sempre foi bastante presente na realidade fática.

Em 2008, a Súmula n.º 364 do Superior Tribunal de Justiça representou importante reconhecimento da família nuclear ao estabelecer que "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

A família monoparental pode ser formada pelo pai ou mãe solteiro(a), pelo viúvo(a), separado(a) ou divorciado(a) com filhos. Outras hipóteses de constituição mais típicas da atualidade são a adoção unilateral⁷²⁹ e a utilização de técnicas de reprodução humana assistida.⁷³⁰

Como já enunciado, para além de uma diminuição no número de integrantes da família, verifica-se nos dias de hoje uma perda de solidez dos laços familiares.

Com base na obra de Zygmunt Bauman, conclui-se pelo império cada vez maior do chamado amor líquido, resultado das diversas vicissitudes que permeiam a sociedade capitalista.⁷³¹ Os laços humanos passam a ser marcados por uma fluidez exacerbada, uma incerteza constante, que produz vínculos afetivos frágeis. Com isso, o relacionamento passa a ser encarado de maneira mais utilitarista, de acordo com a lógica do consumo e do consequente descarte.⁷³² Afinal, como bem explica o sociólogo polonês, aludindo às lições de Gilles Lipovetsky, "a cultura do sacrifício

⁷²⁷ BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro. **Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida**, v.8, n.3, p.12, maio/jun./jul. 2004.

⁷²⁸ Artigo 226, § 4.º da Constituição Federal de 1988: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

⁷²⁹ Art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil".

⁷³⁰ Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, Normas Éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, Parte II: "2- É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico; 3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade". (Disponível em: <goo.gl/02KzLT>. Acesso em: 02 mar. 2016).

⁷³¹ Nesse sentido, consultar: BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

⁷³² Para maior aprofundamento, consultar: XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

está morta. Deixamos de nos reconhecer na obrigação de viver em nome de qualquer coisa que não nós mesmos".⁷³³

É certo que os novos contornos que passam a permear o tecido familiar não a fazem nem melhor nem pior que a família do passado, mas, certamente, muito diferente. E, nessa medida, emergem novos desafios para os quais precisam ser cunhadas respostas originais.

Dentre as várias potencialidades oferecidas pelo *trust*, uma se destaca por conta de seus nobres desígnios: a salvaguarda dos interesses dos sujeitos tidos como vulneráveis e que, por isso, devem receber especial proteção. A utilização do *trust* tem o condão de colmatar uma série lacunas deixadas por outros institutos do direito brasileiro. Eis, portanto, a pertinência de sua utilização.

O contexto civilista pátrio, é pródigo em apresentar sujeitos vulneráveis. A vulnerabilidade é o critério central para definir e identificar os grupos sociais que são verdadeiras minorias. Independentemente da quantidade numérica de pessoas que representam, as minorias são assim concebidas porque estão em situação qualitativa de inferioridade. As razões para tanto são de ordem social, econômica, técnica, cultural, entre outras.⁷³⁴ Alguns exemplos concretos seriam os afrodescendentes, as mulheres, os idosos, as crianças, os adolescentes e os deficientes.

Pelos limites inerentes a esta tese, o recorte empreendido será a contribuição do *trust* para os sujeitos que são vulneráveis em virtude de questões etárias ou por apresentarem alguma deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), Lei n.º 13.146/2015 – que passou a vigorar nos primeiros dias de 2016 – fornece novos institutos e parâmetros para a proteção das pessoas deficientes. Cabe ressaltar que quase um quarto da população brasileira apresenta alguma deficiência (visual, auditiva, motora e mental ou intelectual).⁷³⁵

Diante das incertezas acerca da tutela das pessoas com deficiência, o estudo do *trust* se apresenta como um caminho em busca da proteção mais adequada aos

⁷³³ BAUMAN, Zygmunt. **A arte da vida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p.70.

⁷³⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v.10, p.136, 2002.

⁷³⁵ BRASIL. **Cartilha do Censo 2010**: pessoas com deficiência. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR); Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD); Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência, 2012, p.6. Disponível em: <<http://goo.gl/LkIVdx>>. Acesso em: 25 set. 2015.

seus direitos. É importante ressaltar que não se defende nesse trabalho ser essa uma "solução mágica" para suplantando as limitações jurídicas que as pessoas com deficiência – mesmo após o EPD – enfrentam, mas sim examinar as potencialidades dessa figura.

Para bem compreender tais contribuições possíveis pela utilização do *trust*, cabe primeiramente apresentar os regimes de incapacidades presentes nos Códigos Civis de 1916 e de 2002 e a contextualização do ingresso do EPD no ordenamento jurídico brasileiro.⁷³⁶ Em seguida, serão demonstradas as principais mudanças realizadas pelo EPD no Código Civil e no Código de Processo Civil (CPC/2015), bem como suas virtudes e suas limitações. É o que tratará o próximo tópico.

5.2.2. O regime das incapacidades captado nas legislações pátrias

É certo que a delimitação legal de quais pessoas serão tidas como incapazes guarda íntima relação com o "caldo cultural" de cada época e sociedade. Além disso, o rol dos incapazes também está condicionado ao estado da arte das ciências da saúde. Desse modo, é até esperado que de tempos em tempos haja reformulação do elenco dos absolutamente e dos relativamente incapazes.

A codificação civil subdivide a capacidade civil em capacidade de direito e capacidade de fato. Parte-se da premissa de que todos os que adquiriram a personalidade jurídica (nasceram com vida) possuem também a capacidade de direito, que é a "investidura de aptidão para adquirir e transmitir direitos e para sujeição a deveres jurídicos".⁷³⁷ Contudo, nem todos apresentam o discernimento necessário para a prática dos atos civis e, no ensejo de proteger tais pessoas, o Código Civil os classifica em modalidades de incapacidade. Primeiramente, há os absolutamente incapazes, os quais não possuem discernimento e por tal razão devem ser representados. Em segundo lugar, há os relativamente incapazes, que apresentam redução de entendimento, devendo ser apenas assistidos nos atos praticados. Em virtude das

⁷³⁶ Importante destacar que, apesar de se utilizar a expressão "ordenamento jurídico brasileiro", concorda-se com a advertência feita por Véra Maria Jacob de Fradera: "Além disso, nosso direito apresenta tamanha plethora de leis e regulamentos coexistentes a par do Código e da Constituição, que, segundo entendemos, já não mais se pode falar em sistema jurídico nacional, e sim em conjunto de leis nacionais, tamanha a falta de coerência interna no conjunto legislativo brasileiro". (FRADERA, Véra Maria Jacob de. Propriedade de lagoas situadas em terrenos particulares. In: BRANDELLI, Leonardo (Coord.). **Direito civil e registro de imóveis**. São Paulo: Método, 2007. p.360).

⁷³⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.110.

limitações que representam para o incapaz, deve-se adotar uma interpretação restritiva de suas espécies.

Diante das modalidades de incapacidade previstas no Código Civil de 2002, antes do advento do EPD, o instituto da curatela servia como instrumento voltado para a defesa dos interesses do curatelado, sendo que o deferimento da tutela se dava pelo processo de interdição, agora extinto do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a lei civil conferia ao curador a prática dos atos civis propensos à concretização e o gozo dos direitos por parte do curatelado. No entanto, este modelo de curatela, não mais vigente, implicava em quase absoluta mitigação da personalidade do interditado. Ou seja, o curatelado praticamente perdia a capacidade de agir.

Ao se examinar as sucessivas leis brasileiras que trataram do regime das incapacidades no âmbito do direito civil, é possível constatar progressivos aperfeiçoamentos na regulamentação do tema. Partindo-se do Código Civil de 1916, que no presente ano completa o seu centenário, verifica-se a inclusão, dentre os absolutamente incapazes, dos "loucos de todo gênero" e "dos surdo-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade".⁷³⁸ Apreciada sob o olhar contemporâneo, a primeira expressão se revela muito vaga, adotando um caráter genérico e preconceituoso em relação às pessoas com deficiência. A segunda modalidade pecava por partir do pressuposto de que surdo-mudos não conseguiriam manifestar vontade própria, revelando um distanciamento com a realidade cotidiana dessas pessoas.

No que concerne aos relativamente capazes, o Código de 1916 incluía nessa categoria "as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal". Apenas em 1962 essa previsão foi retirada do Código, por meio do Estatuto da Mulher Casada

⁷³⁸ Como observou Pontes de Miranda: "Também aqui o legislador se encontrou em face de estados escalares, em número quase infinito, entre o *a priori* do são mental e o *a priori* do insano mental. A sua atitude ter-se-ia de informar de teorias psicológicas e psicopatológicas, e não só de fatos individuais. A matéria não se prestaria à quantificação, nem, sequer, a precisões conceptuais. Deu-se, por isso, a *busca à expressão mais conveniente*; e o Código Civil adotou uma delas, pouco feliz, para designar que todos sabemos que êle [sic] tinha em exame: 'São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: II. Os loucos de todo o gênero'". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012. t. 4. p.172).

O teor completo do art. 5.º do Código Civil de 1916 era o seguinte: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos. II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz".

(Lei n.º 4.121/1962).⁷³⁹ O caráter patriarcal⁷⁴⁰ e discriminatório desse dispositivo é tão evidente que dispensa comentários.

Ao se cotejar o Código Beviláqua com o Código Civil de 2002, entende-se que o regime das incapacidades foi sensivelmente aperfeiçoado, ainda que as mudanças tenham sido moderadas.⁷⁴¹ Nesse sentido, dentre os relativamente incapazes foram inseridos "os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido", bem como "os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo".⁷⁴² A um só tempo, a maioridade civil foi alterada de vinte e um para dezoito anos.⁷⁴³

Acerca dos absolutamente incapazes, também se observam avanços com a inclusão dos que, "por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos", assim como "os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade".⁷⁴⁴

⁷³⁹ A seguir o conteúdo do art. 6.º do Código Civil de 1916 com a redação alterada pela Lei n.º 4.121/1962: "Art. 6.º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, n.º I), ou à maneira de os exercer: I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156). II - Os pródigos. III - Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (Redação dada pela Lei n.º 4.121/1962)".

⁷⁴⁰ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2.ed. Salvador: Martins Fontes, 2006. p.18.

⁷⁴¹ Um dos motivos pelos quais o Código Civil de 2002 manteve em grande parte a estrutura e o conteúdo do regime das incapacidades pode talvez ser a diretriz teórica fundamental exposta em sua exposição de motivos, segundo a qual a redação do Código Civil de 1916 deveria ser mantida sempre que possível, sendo a tônica do projeto a manutenção e não a modificação: "e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência" (BRASIL. Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas. **Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado**. 2.ed. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/IZ6pce>>. Acesso em: 18 jun. 2016).

⁷⁴² Art. 4.º do Código Civil de 2002 até a entrada em vigência do EPD: "São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos".

⁷⁴³ O Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves era contrário à redução da maioridade civil de vinte e um para dezoito anos: "Não parece razoável que, num mundo mais complexo e infelizmente mais agressivo, se pretenda diminuir esse limite que, em favor dos menores, se estabeleceu em época de condições melhores a esse propósito de do que as presentes. Trata-se de norma cujo fundamento nada tem que ver com o das de direito público relativas ao serviço militar obrigatório e ao direito de voto (este concedido pela Constituição de 1988 aos maiores de 16 anos que o quiserem exercitar)". (ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2.ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003. p.173).

⁷⁴⁴ Art. 3.º do Código Civil de 2002 até a entrada em vigência do EPD: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade".

Interessante notar que, do ponto de vista do legislador, tais mudanças seriam salutares, pois estariam em conformidade com o estágio atual de desenvolvimento da psicologia e da psiquiatria.⁷⁴⁵ Nesse ponto, entende-se que talvez esses parâmetros estivessem em consonância com a mentalidade da década de 1970, quando o projeto de Novo Código Civil foi protocolado, mas em desconformidade com o tratamento mais contemporâneo que é conferido às pessoas com deficiência. Além disso, ainda que a codificação atual tenha empregado termos menos pejorativos para se referir às pessoas com deficiência, ainda contempla expressões imprecisas. É o caso, por exemplo, da confusão entre deficientes, enfermos e excepcionais.

Sendo assim, crê-se que o Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade de reestruturar o regime das incapacidades, tendo mantido o tratamento dicotômico dos incapazes⁷⁴⁶ (absolutamente e relativamente incapazes), que se revela simplista e insuficiente. Ademais, continuou regrando o tema a partir da perspectiva da pessoa como elemento abstrato da relação jurídica⁷⁴⁷, desconsiderando a importância do princípio jurídico fundamental da dignidade da pessoa humana.⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ Nas palavras de Miguel Reale, Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil na Exposição de Motivos do Código de 2002: "a) Substantial foi a alteração operada no concernente ao tormentoso *problema da capacidade* da pessoa física ou natural, tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios distintivos válidos entre incapacidade absoluta e relativa. Após sucessivas revisões chegou-se, afinal, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se entre 'enfermidade ou retardamento mental' e 'fraqueza da mente', determinando aquela incapacidade absoluta, e esta a relativa. b) Ainda no concernente ao mesmo tema, reconhece-se a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade ao mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes, não apenas os surdos mudos, mas todos 'os excepcionais sem desenvolvimento mental completo'". (BRASIL. Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas. **Novo Código Civil**: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. 2.ed. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/Iz6pce>>. Acesso em: 18 jun. 2016.).

⁷⁴⁶ Ao pensar sobre o transtorno bipolar de humor, Jussara Maria Leal de Meirelles tece considerações sobre o regime das incapacidades que são igualmente pertinentes para se pensar a situação das pessoas com deficiência. "Essa dicotomia imposta pelo regime das incapacidades pode conduzir a uma verdadeira inversão da finalidade da norma: por um lado, é possível que alguém, tendo agido por impulso, sem pensar, venha a responder pelos atos praticados, porquanto agiu no gozo da capacidade plena; e, sob ótica oposta, também é possível ver-se declarado incapaz aquele que, na falta de outra alternativa ante o seu comportamento inadequado, embora criativo e produtivo (ou pior, isolado e distante), precisou de algum amparo jurídico, que lhe diminuísse a carga de responsabilidade, muito embora o seu discernimento e atenção tivessem abalados apenas por um ou alguns dias, e até nem totalmente. Em ambos os casos, a finalidade de proteger os incapazes parece ceder a uma tendência da sociedade a se proteger dos que não se enquadram no modelo estabelecido". (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.604). Tais considerações são igualmente pertinentes para se pensar a situação das pessoas com deficiência.

⁷⁴⁷ No dizer de Jussara Maria Leal de Meirelles "Ao descrever a incapacidade, de modo abstrato e distante, afastou-se o legislador do sujeito real, 'que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a pessoa gente'". (MEIRELLES,

Em síntese, se por um lado o Código Civil de 2002 aprimorou a linguagem utilizada para descrever as hipóteses de incapacidade, em contrapartida se equivocou nos termos eleitos e não operou uma mudança realmente substancial no modo de tratar as pessoas com deficiência. Apenas com a edição do EPD é verificada uma transição modelo, conforme a seguir será explanado.

Nos primeiros dias de janeiro de 2016, entrou em vigência a Lei n.º 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência. O Estatuto é decorrente do Decreto Legislativo n.º 186, de 2008, que aprovou a assinatura da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Brasil, no ano de 2007, e sua posterior promulgação pelo Decreto Executivo n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Desde então, o texto da Convenção já produzia efeitos no país⁷⁴⁹, com força de Emenda Constitucional.

Apesar do status hierárquico da Convenção, suas importantes repercussões e inovações custaram a ter efetivo reconhecimento no ordenamento jurídico nacional, tendo sido necessária a elaboração do Estatuto para dar verdadeira operabilidade aos direitos consagrados no documento internacional.

O Estatuto tem por objetivo a inclusão da pessoa com deficiência, de modo a assegurar a igualdade e a não discriminação, bem como promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.⁷⁵⁰ Dentre as garantias

Jussara Maria Leal de. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.600-601).

⁷⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.120.

⁷⁴⁹ LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://goo.gl/m1ahGu>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

⁷⁵⁰ Em junho de 2016 um importante passo foi dado em direção ao tratamento não discriminatório das pessoas com deficiência. Trata-se da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.357, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen, que pedia a declaração da inconstitucionalidade do § 1.º do art. 28 e o *caput* do art. 30, ambos do EPD, os quais estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro fosse repassado às mensalidades, anuidades e matrículas. Por maioria de votos, o STF entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos, pois, segundo o relator Min. Edson Fachin, "O ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmutando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arremisso da ordem constitucional vigente" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF. **Notícias STF**, Brasília, 9 jun. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/sTHcdQ>>. Acesso em: 20 jul. 2016). A ação foi julgada improcedente, estando pendente de publicação a decisão no Diário da Justiça.

reconhecidas pelo Estatuto estão a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida, o direito à habitação e a reabilitação, saúde, educação e trabalho, entre outros.⁷⁵¹

Em que pese a Convenção houvesse tacitamente revogado alguns dispositivos do Código Civil, apenas com a vigência do Estatuto é que o regime das incapacidades foi de fato alterado para refletir os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Por um lado, o Estatuto contribuiu para uma maior clareza desse instituto. Por outro, revela que a cultura jurídica brasileira tem maior apego pela legislação ordinária que por tratados e convenções internacionais, ainda que devidamente incorporados ao ordenamento jurídico.⁷⁵²

Mais do que alterações esparsas no Código Civil, o EPD propugna um novo olhar sobre a tutela jurídica das pessoas com deficiência. Um dos pontos centrais dessa nova mentalidade é a adoção do modelo social para definir a deficiência e os modos de coexistir com ela, suplantando o modelo médico que pautou as duas codificações civis brasileiras.⁷⁵³ No dizer de Joyceane Bezerra de Menezes: "a pessoa e não mais aquele sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, constitui o valor central do ordenamento jurídico. Essa é a base axiológica que sustenta a

⁷⁵¹ Destaca-se o art. 8.º do EPD (Lei n.º 13.146/2015): "É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico".

⁷⁵² Grande parte da doutrina civilista brasileira passou a se interessar pelo tema apenas após a publicação do EPD em julho de 2015. Até então, poucos estudavam a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e lhe conferiam a devida importância, assim como o seu caráter transformador nas categorias de direito civil.

⁷⁵³ Conforme explica Joyceane Bezerra de Menezes, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência indica uma mudança de perspectiva que deveria ser adotada também pela codificação civil vigente: "É necessário evoluir-se do chamado *modelo médico*, segundo o qual a deficiência psíquica e intelectual é qualificada como uma patologia essencialmente física que implica na incapacitação e exclusão definitiva do sujeito, para o *modelo social*, no qual a deficiência é compreendida como resultante da influência de um conjunto de fatores físicos, psicológicos, ambientais e sociais". (MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Direito civil constitucional**: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014. p.53).

Convenção sobre direitos da pessoa com deficiência".⁷⁵⁴ Nesse sentido, a própria noção de *status* é ressignificada.⁷⁵⁵

Em seu art. 2.º, o EPD define a pessoa com deficiência como sendo "aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas". Além de uma conceituação mais ampla da pessoa com deficiência, o acolhimento do modelo social se evidencia pela avaliação biopsicossocial, a qual, quando necessária, deverá ser realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

O ponto nevrálgico do EPD em relação ao regime das incapacidades é a previsão no art. 84 de que a "pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas". Nesse contexto, o art. 6.º apresenta em rol não exaustivo⁷⁵⁶ situações existenciais para as quais a pessoa com deficiência possui plena capacidade civil. Destacam-se a plena capacidade para o casamento e a união estável, o exercício de direitos sexuais e reprodutivos, o planejamento familiar, o exercício do direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Ademais, o art. 114 do EPD alterou a redação dos arts. 3.º e 4.º do Código Civil de 2002. No que concerne aos absolutamente incapazes, o EPD alterou o art. 3.º do Código Civil para o fim de que apenas os menores de dezesseis anos continuem pertencendo a essa categoria. Desse modo, para o fim de se harmonizar com os arts. 6.º e 84 acima mencionados, foi excluído do rol das incapacidades absolutas a situação dos enfermos ou deficientes mentais sem discernimento para os atos da vida civil. Para o EPD, portanto, a pessoa com deficiência possui plena

⁷⁵⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Direito civil constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014. p.58.

⁷⁵⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Direito civil constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014. p.54.

⁷⁵⁶ LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://goo.gl/m1ahGu>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

capacidade de fato. Flávio Tartuce aponta que extraordinariamente o deficiente pode ser considerado relativamente incapaz, quando, por exemplo, for viciado em tóxico.⁷⁵⁷

Acerca do art. 4.º do Código Civil, ante a opção do EPD pela ampla capacidade de exercício dos deficientes, foi suprimida a situação daqueles que, em virtude de deficiência mental, tenham o discernimento reduzido. Nesse mesmo dispositivo, ainda, residem quiçá as críticas mais severas à Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Isso se dá porque o caso dos que, "por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade" foi enquadrado nas hipóteses de incapacidade relativa e não mais nas de absoluta. Essa modificação causa certa estranheza, pois o EPD determina para tais pessoas a utilização da assistência, quando em realidade deveria ser representação. Sobre essa alteração, José Fernando Simão assevera que "O equívoco do Estatuto, neste tema, é evidente. A mudança legislativa é extremamente prejudicial àquele que necessita de representação e não da assistência e acarreta danos graves àquele que o Estatuto deveria proteger".⁷⁵⁸

Concorda-se que nesse ponto o legislador se equivocou, pois quem não pode exprimir sua vontade, seja por causa transitória ou permanente, precisa ser considerado relativamente incapaz para a sua própria proteção.⁷⁵⁹ É uma questão de técnica jurídica adequada e de bom senso.

Embora certamente bem-intencionadas, essas mudanças causaram certa perplexidade pela sua amplitude. Em outras palavras, foi-se da exclusão para a inclusão incondicional, semelhante à lógica do nada para o tudo. De fato, o novo regime das incapacidades exige um repensar do Código Civil Brasileiro para extrair as potencialidades do EPD sempre com vistas à proteção das pessoas com deficiência.

⁷⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o Novo CPC. Parte I. **Revista Migalhas**, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/UjdFlo>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁷⁵⁸ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Consultor Jurídico**, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/zzylSP>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁷⁵⁹ Sobre o assunto, destacam-se as contundentes críticas tecidas por Vitor Frederico Kumpel e Bruno de Ávila Borgarelli: "Agora, por incrível que pareça, ou foram alçados por força do novo artigo 4.º, inciso III, à condição de relativamente capazes, o que significa que uma pessoa em coma tem maior poder de autodeterminação e maior livre arbítrio do que um jovem de 15 anos (Estatuto do Jovem, art. 1.º), ou, no caso dos deficientes mentais, à condição de capazes. Parece incrível o dispositivo legal. Aterrorizante, na verdade. O seu pretense alvo de proteção é, ao mesmo tempo, sua maior vítima!". (KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da lei 13.146/2015. **Revista Migalhas**, 11. Ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/OFmUYu>>. Acesso em: 09 nov. 2015). Não obstante, crê-se que o EPD pode ser interpretado de modo a suprir certas falhas do legislador.

A contar da entrada em vigência do EPD, as alterações realizadas nos arts. 3.º e 4.º do Código Civil passaram a produzir importantes consequências. Em primeiro lugar, os interditados devem perder tal condição, pois passaram a ser plenamente capazes. Segundo José Fernando Simão, não haveria necessidade de nenhum procedimento judicial para levantar a interdição, uma vez que, por configurar uma lei de estado, o EPD possui eficácia imediata.⁷⁶⁰

Outra decorrência é que *a priori* correrão a prescrição e a decadência contra as pessoas com deficiência, que não mais se enquadram nas exceções previstas nos artigos 198, I e 208 do Código Civil. Em relação aos negócios jurídicos, as pessoas com deficiência a princípio não ficariam mais submetidas à nulidade⁷⁶¹ e à anulabilidade⁷⁶², visto que são consideradas plenamente capazes, exceto em caso de comprovação de vício de consentimento.⁷⁶³ Paralelamente, a quitação fornecida pela pessoa com deficiência teria plena validade e eficácia.⁷⁶⁴ Essa seria a interpretação mais literal que derivaria dos dispositivos alterados pelo EPD.

Não obstante, tendo em vista os objetivos do EPD, a doutrina propõe outros modos de se manejar tais mudanças legislativas. Para José Fernando Simão, em se tratando de pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, embora a nova redação do art. 4.º do Código Civil os classifique como relativamente capazes, o magistrado deve decidir pela declaração de incapacidade absoluta para que o deficiente possa ser representado, posto que a assistência não se adequa às circunstâncias do caso, por exigir a participação do relativamente incapaz.⁷⁶⁵ Diverso expediente é apontado por Atalá Correia. Diante da aporia entre o deficiente não conseguir exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente e a impossibilidade de sua representação, o autor defende uma "hibridização de institutos" para o fim de a incapacidade relativa permitir a representação.⁷⁶⁶

⁷⁶⁰ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Consultor Jurídico**, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/zzylSP>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁷⁶¹ Art. 166 do Código Civil. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz.

⁷⁶² Art. 171 do Código Civil: Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente.

⁷⁶³ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Consultor Jurídico**, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/zzylSP>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁷⁶⁴ Art. 310 do Código Civil de 2002: "Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu".

⁷⁶⁵ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Consultor Jurídico**, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/zzylSP>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁷⁶⁶ CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Consultor Jurídico**, 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/nr5Cty>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

Com base nessas interpretações propositivas, verificam-se soluções no que tange ao regime das invalidades. A primeira delas sugere que deve prevalecer a declaração de nulidade pelo fato de ser mais vantajosa para a pessoa com deficiência.⁷⁶⁷ Em segundo lugar, é proposta a aplicação analógica dos arts. 166, I, 171, I e 310 do Código Civil aos deficientes capazes submetidos à curatela para que a ausência da participação do curador (quer seja como representante, quer seja como assistente) implique nulidade ou anulabilidade:

Aplicação analógica de regras que cuidam da invalidade é solução atécnica e contrária ao Direito. Se a regra é a validade dos negócios jurídicos, as invalidades são excepcionais não se admitindo analogia. Entretanto, não vejo outra solução em razão do problema jurídico criado pelo próprio Estatuto. Se não fosse esta a solução, a consequência seria a seguinte: o deficiente capaz sob curatela pode praticar validamente todo e qualquer ato da vida civil e a curatela, portanto, seria completamente inútil.⁷⁶⁸

Entende-se ser fundamental a adoção de interpretações para as recentes mudanças legislativas que não sejam tão apegadas ao rigor técnico, mas sim comprometidas com a proteção das pessoas com deficiência, como são as acima mencionadas. Caso contrário, a curatela remodelada pelo EPD ficaria desprovida de razão de ser.

As mudanças feitas pelo EPD em relação a curatela buscaram maior integração do deficiente na sociedade, em especial no tocante às relações subjetivas existenciais.⁷⁶⁹ Sendo assim, curatela da pessoa capaz só se aplica a atos de natureza patrimonial e negocial. É medida excepcional, delineada caso a caso conforme as circunstâncias e deve se prolongar pelo menor tempo possível. A curatela pode ser compartilhada e a sentença que a instituir deve ser fundamentada. Com o EPD, a curatela passa a ter natureza de medida protetiva.

⁷⁶⁷ CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Consultor Jurídico**, 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/nr5Cty>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

⁷⁶⁸ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Consultor Jurídico**, 7 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/zzylSP>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁷⁶⁹ "Diante de tudo que foi exposto, percebe-se que o instituto da curatela sofreu diversas alterações ao longo dos anos, mas preserva forte a razão pela qual foi instituída – a tutela do aspecto patrimonial do curatelado. Muitas das disposições pertinentes são legadas das ordenações portuguesas e padecem de maior adequação ao conjunto de direitos humanos que se destinam especialmente à pessoa com deficiência. As normas pertinentes à curatela apostam no mecanismo de substituição da vontade do curatelado pela vontade do seu curador, o que não é adequado ao campo das relações subjetivas existenciais". (MENEZES, Joyceane Bezerra de; CORREIA NETO, Jáder de Figueiredo. **Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://goo.gl/dpOVtJ>>. Acesso em: 29 fev. 2016).

Em linhas gerais, o novo modelo de curatela traz avanços significativos com relação a proteção da pessoa com deficiência, especialmente ao prever a possibilidade de curatela compartilhada. No entanto, os limites da curatela impostos pelo art. 85 do EPD ensejam um problema prático, pois muitos assuntos de caráter existencial possuem reflexos patrimoniais, seja durante a vida, como por exemplo regime de bens no casamento, ou após a morte, como por exemplo questões de ordem existenciais, no caso, obrigação alimentar.

Com o novo modelo de curatela, Paulo Luiz Netto Lôbo entende que ocorreu o fim da interdição no direito brasileiro:

Assim, não há que se falar mais de "interdição", que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.⁷⁷⁰

Além do instituto da curatela, que visa a proteção, especialmente patrimonial, do curatelado, o EPD inovou ao instituir a tomada de decisão apoiada, que se destaca por ser um modelo de proteção ao deficiente que se difere do modelo clássico da curatela (1.783-A, do Código Civil). Isto porque, na tomada de decisão apoiada, é o próprio apoiado que indica os limites do apoio (1.783-A, § 1.º, do Código Civil).

Para Nelson Rosenvald⁷⁷¹, a tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente, jamais cumulativo.

Em relação a certos dispositivos do Código Civil alterados pelo EPD que versam sobre a curatela, pode-se dizer que sucedeu um "verdadeiro atropelo legislativo".⁷⁷² Isso ocorreu porque os projetos de lei que buscavam instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Novo Código de Processo Civil tramitaram concomitantemente e por lapso do legislador não houve harmonização entre o texto de ambos em alguns dispositivos. A situação foi agravada pelo fato de tais diplomas possuírem prazos de *vacatio legis* diferentes.⁷⁷³ Por conseguinte, alguns dispositivos

⁷⁷⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.110.

⁷⁷¹ ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Carta Forense**. Disponível em: <goo.gl/Zven9E>. Acesso em: 03 ago. 2016.

⁷⁷² TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o Novo CPC. Parte I. **Revista Migalhas**, 29 jul. 2015. Disponível em: <http://goo.gl/UjdFlo>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁷⁷³ É o caso dos artigos 1.768-1.769 e 1.771-1.772 do Código Civil, os quais foram revogados pelo CPC/2015, mas alterados pelo EPD.

do Código Civil sobre o procedimento de interdição foram excluídos pelo CPC/2015, mas mesmo formalmente revogados receberam alterações pelo EPD, cuja entrada em vigência ocorreu poucos meses antes do CPC/2015.

Para dirimir essa questão atinente ao direito intertemporal, Fredie Didier Jr. propõe a utilização de dois critérios. O primeiro é o de que "as leis estão em sintonia de propósitos". O segundo é o de que a interpretação de ambas deve almejar a coerência do sistema.⁷⁷⁴ Desse modo, entende o autor que nos artigos 1.768 e 1.769 do Código Civil devem prevalecer as redações posteriores, conferidas pelo EPD, por serem mais completas e em harmonia com a proteção das pessoas com deficiência. No caso do primeiro artigo, deve-se compreender que o art. 747 do CPC/2015 incorporou a possibilidade de autocuratela. No segundo, deve-se entender que o art. 748 do CPC/2015 possibilita a curatela nos casos de deficiência mental ou intelectual.

Outro exemplo de atropelo legislativo e possível incompatibilidade legislativa pode ser expressada ao se comparar o EPD com alguns artigos do Código Penal. A lei penal ainda contém expressões estigmatizantes e pejorativas, como "desenvolvimento mental incompleto ou retardado" (art. 26) e "inválido" (arts. 135 e 244). Porém, um ponto mais delicado diz respeito aos crimes contra a dignidade sexual. O crime de estupro de vulnerável é a prática de qualquer ato sexual com pessoa menor de 14 anos ou "alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato", punido com 8 a 15 anos de reclusão (art. 217-A). Com isso, as pessoas com deficiência mental foram consideradas vulneráveis, isto é, absolutamente incapazes de consentir com a prática de atos sexuais. Pelo Estatuto, no entanto, a deficiência, ainda que mental, não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos (art. 6.º). Tal capacidade está assegurada desde antes pela Convenção, que foi assinada pelo Brasil ainda em 2007, antes da criação do tipo penal em questão. É no mínimo curioso observar que, no mês de agosto de 2009, ao mesmo tempo em que se concedia *status* de Emenda Constitucional à Convenção, reconhecendo o exercício de direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência, criava-se o crime hediondo de estupro de vulnerável,

⁷⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão**. Disponível em: <<http://goo.gl/tEFaLD>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

impondo relevante incapacidade sobre tais pessoas.⁷⁷⁵ Pelos importantes direitos fundamentais envolvidos nessa questão, crê-se que em breve o Poder Judiciário terá que se pronunciar sobre como compatibilizar essas duas normas, a fim de proteger todos os sujeitos envolvidos.

Por tudo o que foi exposto, resta evidente que o EPD é munido de objetivos alinhados com a proteção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, sendo nesse ponto considerado vanguardista e salutar para a sociedade brasileira. Não se pode negar, contudo, que algumas de suas disposições careceram de melhor zelo, de modo que a sua aplicação apresenta alguns dissensos que geram certa insegurança jurídica. Para minorar tal instabilidade, reflete-se a seguir sobre os benefícios que a aplicação da figura do *trust* poderia oferecer na proteção das pessoas com deficiência.

5.2.3. As potencialidades do *trust* na proteção dos incapazes e das pessoas com deficiência

Conforme afirmado no item anterior, acredita-se que o EPD é um marco relevantíssimo na proteção das pessoas com deficiência. Contudo, quer seja por falhas do legislador, quer seja pelas limitações dos institutos do direito brasileiro, ainda existem insuficiências que precisam ser sanadas. A contribuição que se pretende oferecer é o estudo da figura do *trust* como um meio de ampliar a proteção de tais pessoas.

Tomando como premissa que as famílias são "*locus* instrumental ao desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros"⁷⁷⁶, é compreensível a preocupação dos pais que temem que com seu falecimento seu filho com deficiência seja submetido a percalços financeiros.⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner; XAVIER, Luciana Pedroso. O Estatuto de Pessoa com Deficiência e suas repercussões no Direito Penal. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 17 mar. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/78leJN>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

⁷⁷⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. v.1. p.215.

⁷⁷⁷ Nesse contexto, pode-se citar o tocante caso do escritor Diogo Mainardi, pai do adolescente Tito, acometido por paralisia cerebral em virtude de erro médico no parto. A partir de seu relato, intui-se o seu alívio quando, após anos de batalha judicial contra o hospital Campo Santi de Veneza, a justiça italiana concede substancial indenização a Tito. Mainardi desabafa dizendo que agora já pode morrer, isto é, percebeu que seu filho não passará necessidade financeira mesmo após o seu passamento e o de sua esposa, pondo fim a um de seus grandes temores. (MAINARDI, Diogo. **A queda**: as memórias de um pai em 424 passos. São Paulo: Saraiva, 2012).

Ainda que o EPD tenha adotado o modelo social, conforme acima explicado, e preveja inclusive a possibilidade de curatela compartilhada⁷⁷⁸, é difícil encontrar pessoas que reúnam todas os predicados necessários para serem um bom curador. Como bem explica Milena Donato Oliva, "pode ocorrer de haver na família um irmão atencioso e dedicado, mas que é incauto na gestão financeira. De outra parte, é possível que aquele mais centrado nos aspectos patrimoniais não tenha afinidade com crianças ou adolescentes. Difícil congregar num mesmo sujeito todas as legítimas preocupações e anseios dos pais".⁷⁷⁹

A curatela acaba impondo grande responsabilidade para que pessoas sem educação financeira realizem uma gestão patrimonial complexa, para a qual não tenham expertise. Ainda que a codificação civil exija que o curador apresente balanços anuais e preste contas de dois em dois anos, se o curador estiver administrando mal ou mesmo agindo de má-fé e dilapidando os bens do curatelado, muitos prejuízos podem ocorrer, provavelmente irreversíveis.

Outrossim, a circunstância de que a curatela é, em regra, temporária torna-se certamente justificável, mas, dependendo do contexto familiar da pessoa com deficiência, pode gerar inseguranças. Pense-se, a título de exemplo, o caso de deficiente filho único sem parentes próximos ou com parentes com os quais não tem afinidade. Por fim, pode-se pensar no caso de uma família monoparental cujo(a) filho(a) seja deficiente. A dificuldade em se encontrar um curador certamente poderia prejudicar a subsistência do deficiente.

Outra situação que pode prejudicar as pessoas com deficiência é a das pessoas de má-índole que praticam frequentes golpes em pessoas deficientes em razão de sua vulnerabilidade. A título de exemplo, as pessoas com deficiência são ludibriadas para assinarem documentos tais como confissões de dívida, contratos em que figuram como fiadores ou títulos em que sejam avalistas. Outro expediente é a assinatura de contrato de doação de valores significativos.

É certo que as ocorrências acima relatadas não são novas, mas as recentes mudanças implementadas pelo EPD acima examinadas – embora bem-intencionadas – fragilizam a posição das pessoas com deficiência que são desde o início do presente

⁷⁷⁸ Art. 1.775-A do Código Civil: "Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa".

⁷⁷⁹ OLIVA, Milena Donato. A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do trust pelo direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v.102, n.938, p.59, dez. 2013.

ano presumidas amplamente capazes. Seus atos podem – a princípio – ser apenas anulados.

Outro cenário que pode se concretizar é o de deficientes que podem realizar uma má-gestão de seus bens ou negligenciar o cumprimento de obrigações legais, tais como a falta de declaração e/ou pagamento de tributos, de registros contábeis e empresariais no caso do gerenciamento de pessoas jurídicas.

Feitas tais considerações, é possível traçar algumas aproximações entre a importância que o *trust* desempenha para pessoas com deficiência e as vantagens que pode proporcionar na tutela dos relativamente e dos absolutamente capazes em virtude da questão etária.

Em caso de falecimento ou decretação de ausência dos pais, os filhos menores são submetidos à tutela, nos termos do art. 1.728 do Código Civil. Mesmo que os pais em conjunto tenham exercido o direito de nomear um tutor, como já mencionado, há a dificuldade em encontrar uma pessoa que reúna as qualidades necessárias para ser um bom educador e administrador simultaneamente. Outro inconveniente é o modo como o patrimônio deixado pelos pais é destinado aos tutelados quando atingem a maioridade. Ao se tornarem plenamente capazes, recebem todo patrimônio de uma só vez. Em virtude de sua inexperiência, é bem possível que ex-tutelado não administre seus bens da maneira mais sensata. É frequente que se deslumbrem e gastem em objetos supérfluos e mais tarde falem recursos para educação e subsistência.⁷⁸⁰ Ainda que os pais instituíssem testamento em favor dos filhos, não teriam como transpor essa circunstância. Não seria possível, por exemplo, instituir uma fundação para zelar por esses bens, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro só permite a sua criação voltada ao atendimento das funções filantrópicas, educacionais e outras previstas no art. 62, parágrafo único, do Código Civil.

Por meio de um *trust* é possível criar regras para quando, quanto e como o menor (beneficiário) receberá os bens deixados pelos pais. É comum instituir como cláusula do *trust* que, com o atingimento da maioridade, haja o recebimento de apenas parte dos bens. O restante é recebido de modo fracionado ao longo da vida, seja pelo advento etário, seja por ocorrerem marcos importantes, tais como formatura em curso universitário, casamento, nascimento do primeiro filho, dentre outros. Desde

⁷⁸⁰ SHARP, Ronald Farrington. **Living trusts for everyone**: why a will is not the way to avoid probate, protect heirs, and settle estates. New York: Allworth Press, 2010. p.11-12.

que não contrarie expressamente a lei, há ampla flexibilidade para se criar condições ou termos para o repasse dos bens. Destacam-se como condições bastante difundidas para o repasse de valores ao filho beneficiário que ele frequente determinada universidade, que obtenha resultado negativo para o consumo de drogas, que realize determinado trabalho filantrópico.⁷⁸¹

Essa reflexão também é válida para pais que tenham filhos cumprindo pena em estabelecimentos prisionais. Outrossim, também se aplica para filhos dependentes químicos, uma vez que a possibilidade de internação involuntária e/ou compulsória não é pacífica no Brasil.⁷⁸² Por se tratar de tema intimamente ligado aos direitos

⁷⁸¹ SHARP, Ronald Farrington. **Living trusts for everyone**: why a will is not the way to avoid probate, protect heirs, and settle estates. New York: Allworth Press, 2010. p.13.

⁷⁸² A internação é involuntária quando realizada por familiares ou responsáveis legais do dependente químico. A compulsória decorre de decisão judicial que obriga a internação para tratamento do dependente. O posicionamento do STJ é pela possibilidade de internação compulsória desde que haja fundamentação robusta em laudo médico. Em regra, a internação deve ser precedida do atendimento ambulatorial. Contudo, em casos extremos, a internação compulsória pode ocorrer de imediato: "HABEAS CORPUS - AÇÃO CIVIL DE INTERDIÇÃO CUMULADA COM INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE PARECER MÉDICO E FUNDAMENTAÇÃO NA LEI N.º 10.216/2001 - EXISTÊNCIA NA ESPÉCIE-EXIGÊNCIA DE SUBMETTER O PACIENTE A RECURSOS EXTRA-HOSPITALARES ANTES DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO - DISPENSA EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. 1. A internação compulsória deve ser evitada, quando possível, e somente adotada como última opção, em defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade. É claro, portanto, o seu caráter excepcional, exigindo-se, para sua imposição, laudo médico circunstanciado que comprove a necessidade de tal medida. 2. A interdição civil com internação compulsória, tal como determinada pelas instâncias inferiores, encontra fundamento jurídico tanto na Lei n.º 10.216/2001 quanto no artigo 1.777 do Código Civil. No caso, foi cumprido o requisito legal para a imposição da medida de internação compulsória, tendo em vista que a internação do paciente está lastreada em laudos médicos. 3. Diante do quadro até então apresentado pelos laudos já apreciados pelas instâncias inferiores, entender de modo diverso, no caso concreto, seria pretender que o Poder Público se portasse como mero espectador, fazendo prevalecer o direito de ir e vir do paciente, em prejuízo de seu próprio direito à vida. 4. O art. 4.º da Lei n.º 10.216/2001 dispõe: "A internação, em qualquer de suas modalidades, só será iniciada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes". Tal dispositivo contém ressalva em sua parte final, dispensando a aplicação dos recursos extra-hospitalares se houver demonstração efetiva da insuficiência de tais medidas. Essa é exatamente a situação dos autos, haja vista ser notória a insuficiência de medidas extra-hospitalares, conforme se extrai dos laudos invocados no acórdão impugnado. 5. É cediço não caber na angusta via do habeas corpus, em razão de seu rito célere e desprovido de dilação probatória, exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias inferiores formaram sua convicção. 6. O documento novo consistente em relatório do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes- (SPT) da Organização das Nações Unidas (ONU) não pode ser apreciado por esta Corte sob pena de supressão de instância. 7. A internação compulsória em sede de ação de interdição, como é o caso dos autos, não tem caráter penal, não devendo ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa à que esteve submetido no passado o paciente em face do cometimento de atos infracionais análogos a homicídio e estupro. Não se ambiciona nos presentes autos aplicar sanção ao ora paciente, seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança. Por meio da interdição civil com internação compulsória resguarda-se a vida do próprio interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade. 8. Não foi apreciada pela Corte de origem suspeição ou impedimento em relação à perícia, questionamento a respeito da periodicidade das avaliações periciais, bem como o pedido de inserção do paciente no programa federal De Volta Para Casa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que

de personalidade, de fato necessita ser debatido de modo mais aprofundado em nosso país.

O *trust* também seria proveitoso no caso de um pai ou uma mãe divorciado(a) querer proteger o seu patrimônio, o qual, ocorrendo seu falecimento, passará ao filho. O intento de preservação do patrimônio pode advir da desconfiança de que o ex-conjuge agiria efetivamente no melhor interesse da criança. Sobrevindo o falecimento da mãe, por exemplo, a regra geral da legislação seria que o filho ficasse na guarda do pai, que seria também usufrutuário e administrador de seus bens, conforme art. 1.689 do Código Civil.⁷⁸³ Apenas o *trust* poderia evitar que o ex-cônjuge se torne usufrutuário e administrador de tais bens.

Igualmente, casos em que ocorrem acidentes fatais e por diferença de minutos o genitor divorciado falece antes dos filhos, o impedimento de que tal patrimônio seja destinado ao ex-cônjuge só é possível por meio de *trust*. Vejam-se os julgados abaixo, que, apesar de poderem ser considerados "injustos" por preterirem os ascendentes do *de cujus* e destinarem os bens ao ex-cônjuge, cumpriram exatamente as disposições do Código Civil em matéria sucessória:

SUCESSÃO. COMORIÊNCIA. ACIDENTE DE VEÍCULOS. PROVA DOS AUTOS INDICATIVA DA MORTE DOS FILHOS POSTERIORMENTE À DA GENITORA. INAPLICABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE SIMULTANEIDADE DO ART. 11 DO CC/1916. Sucessão do patrimônio da genitora consumado quanto a seus filhos, previamente ao falecimento desses. Condição de herdeiro do genitor das crianças, ex-marido da falecida, reconhecida, em detrimento dos ascendentes dessa. Sentença de procedência da ação declaratória em tal sentido confirmada. Apelação dos réus desprovida.⁷⁸⁴

DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE COMORIÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. **ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO QUE LEVOU A ÓBITO PAI E FILHOS**. ARTIGO 8.º, DO CÓDIGO CIVIL. PRESUNÇÃO LEGAL DE COMORIÊNCIA, QUE COMPORTA PROVA EM

não se conhece de habeas corpus cuja matéria não foi objeto de decisão pela Corte de Justiça estadual, sob pena de indevida supressão de instância. (HC 165.236/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 11/11/2013; HC 228.848/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 04/11/2013) 9. Ordem denegada". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 169.172/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 10/12/2013. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 5/2/2014).

⁷⁸³ Art. 1.689 do Código Civil: "O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade".

⁷⁸⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 9174743-94.2004.8.26.0000**. Relator: Fabio Tabosa. Julgamento: 29/11/2011. Órgão Julgador: 2.ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 30/11/2011.

CONTRÁRIO. TESTEMUNHAS PRESENCIAIS AO EVENTO QUE COMPROVAM QUE A MORTE DO GENITOR PRECEDEU A DOS INFANTES. PRESUNÇÃO LEGAL QUE DEVE SER AFASTADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. **A comoriência é o instituto jurídico segundo o qual incide a presunção legal, estabelecida no artigo 8.º do Código Civil, de morte simultânea, quando existem indivíduos que morrem num mesmo evento, sem que seja possível estabelecer qual das mortes antecedeu as demais**, questão esta que tem especial relevo para fins sucessórios, notadamente porque a pré-morte do autor da herança (genitor) importa na imediata sucessão aos herdeiros (princípio da saisine). 2. Por ser uma presunção relativa, **a comoriência pode ser devidamente afastada quando existirem provas suficientes a atestar que a morte de uma das vítimas antecedeu às demais, especialmente através da colheita dos testemunhos daqueles que presenciaram o sinistro**. 3. No caso, é imperioso o afastamento da presunção legal de morte simultânea, ante a ampla e bem conduzida instrução processual que resultou em robusta prova da pré-morte do genitor em relação aos filhos. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.⁷⁸⁵

Como se depreende dos julgados, a comoriência foi afastada e, com isso, ex-consortes acabaram como herdeiros universais do *de cujus*, o que a princípio parece impensável e indesejável. Porém, como já dito, é mera decorrência da lei. O emprego dos *trusts* poderia evitar essa situação.

Outra potencial utilização para os *trusts* seria no caso dos pródigos. O EPD não modificou o enquadramento dessa espécie de incapacidade relativa. Na atual sociedade, marcada pelo hiperconsumo e pela facilidade de crédito, as consequências que podem advir da prodigalidade são nefastas. No dizer de Bauman:

Ser membro da sociedade de consumidores é uma tarefa assustadora, um esforço interminável e difícil. O medo de não conseguir conformar-se foi posto de lado pelo medo da inadequação, mas nem por isso se tornou menos apavorante. Os mercados de consumo são ávidos por tirar vantagem desse medo, e as empresas que produzem bens de consumo competem pelo status de guia e auxiliar mais confiável no esforço interminável de seus clientes para enfrentar esse desafio.⁷⁸⁶

Sendo assim, as características da contemporaneidade fazem com que a gravidade dos atos praticados pelos pródigos se acentue. Ao cabo, no máximo poderão ser anulados. Além disso, importante ressaltar que diferente de outros países, no Brasil não há procedimento de falência para pessoas físicas. Ainda, as

⁷⁸⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **AC 1234978-3 - Curitiba**. Relator: Ivanise Maria Tratz Martins. Julgamento: 15/04/2015. Órgão Julgador: 12.ª Câmara Cível. Publicação: DJ: 1552 27/04/2015. (grifo nosso).

⁷⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.79.

altas taxas de juros praticadas no país⁷⁸⁷ fazem com que um pródigo se coloque numa situação financeira ainda mais frágil, podendo se encaixar em situação de superendividamento ativo ou passivo.⁷⁸⁸

O *trust* pode também desempenhar papel relevante em questões relacionadas ao direito de família e ou o das sucessões. A primeira situação a ser examinada é a do tratamento conferido à sucessão do cônjuge supérstite casado pelo regime da comunhão parcial de bens. Mesmo o casamento tendo que respeitar inúmeras formalidades, nessa situação específica o direito brasileiro ainda não pacificou qual seria a forma de partilha dos bens.

O art. 1.829 do Código Civil⁷⁸⁹ introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a concorrência do cônjuge com os descendentes, a depender do regime de bens adotado entre o *de cujus* e o cônjuge supérstite. Em virtude dessa alteração, desenvolveram-se três correntes doutrinárias acerca da destinação dos bens quando o *de cujus* estiver casado sob o regime da comunhão parcial de bens.

⁷⁸⁷ Ao tratar da abusividade das taxas de juros bancários no Brasil, Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira afirma que uma das justificativas dadas pelos bancos para o valor elevado da taxa de juros se dá em razão do risco de inadimplência. Contudo, assevera que: "A divergência entre as taxas reais de inadimplência brasileiras, divulgadas pelo Banco Mundial, e os percentuais apresentados pelos bancos (e pelo Bacen), para 'justificar' a composição do *spread*, permite questionar a credibilidade tanto do discurso sustentado pelas instituições financeiras, quanto da atuação da autarquia federal, que tem o dever de fiscalizar e controlar as atividades bancárias. Uma análise comparativa, entre os percentuais globais de inadimplência, o *spread* e as taxas de juros, no Brasil e em outros países emergentes, não deixa dúvidas, de que a inadimplência não justifica as altas taxas de juros brasileiras". (OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. **Defesa judicial do consumidor bancário**. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014. p.338).

⁷⁸⁸ Sobre o conceito de superendividamento ativo e passivo: "O primeiro deles é aquele consumidor que se endivida voluntariamente, ludibriado pelas estratégias de marketing das empresas fornecedoras de crédito; o segundo – passivo – aquele que se endivida em decorrência de fatores externos chamados de 'acidentes da vida', tais como desemprego; divórcio; nascimento, doença ou morte na família; necessidade de empréstimos suplementares; redução do salário; alta das taxas de juros; alta ou baixa do dólar; ou outro fator que afete a conjuntura econômica tornando-a desfavorável; etc". (SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.71, p.9, jul./set. 2009). Sobre o tema do superendividamento, é de se ressaltar o interessante projeto piloto lançado inicialmente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2007, denominado "Prática do tratamento das situações de superendividamento dos consumidores", com o objetivo de que o consumidor superendividado possa renegociar suas dívidas. Em 2010, o Tribunal de Justiça do Paraná também implantou este projeto. Algumas recentes notícias demonstram a tendência da realização da prática nos demais tribunais do país. Sobre o tema, verificar: <goo.gl/2syZ0w>. Acesso em: 17 jun. 2016.

⁷⁸⁹ Art. 1.829 do Código Civil: "A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares". II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

A primeira corrente – majoritária no país⁷⁹⁰ – defende a ideia de que no regime da comunhão parcial de bens há concorrência sucessória somente quanto aos bens particulares, ou seja, aqueles que não entram na meação. O argumento dos que defendem esta tese é de que a concorrência sucessória deve ocorrer justamente naqueles bens sobre os quais não há meação, ou seja, o cônjuge herda ou não meia.⁷⁹¹

A segunda corrente argumenta que no regime da comunhão parcial de bens há concorrência sucessória tanto em relação aos bens particulares quanto aos comuns. Os adeptos desta corrente sustentam que o legislador não limitou os bens sobre os quais há a concorrência.⁷⁹²

A terceira corrente – defendida isoladamente por Maria Berenice Dias – propugna que no regime da comunhão parcial de bens há concorrência sucessória somente quanto aos bens comuns, ou seja, aqueles adquiridos na constância do casamento. O fundamento seria a interpretação do texto do art. 1.829, I, do Código Civil.

Outra questão objeto de debate entre os doutrinadores diz respeito à regra contida no art. 1.832 do Código Civil.⁷⁹³ De acordo com o dispositivo, o cônjuge supérstite terá direito ao mesmo quinhão que receberem os descendentes que sucederem por cabeça, ou seja, por direito próprio, e não por direito de representação. Nesse ponto não importa se o filho é havido de ambos (filhos comuns) ou só do autor da herança (filhos exclusivos). A regra consagra, ainda, a reserva de ¼ (um

⁷⁹⁰ Entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 974.241/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, Julgado em 07/06/2011, DJE 05/10/2011. No mesmo sentido, reforçando entendimento doutrinário, Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil: "O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados sob o regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes".

⁷⁹¹ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.225-226), os autores mais representativos dessa primeira corrente são: Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Tartuce, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Gustavo René Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira e Zeno Veloso.

⁷⁹² Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.225-226), filiam-se a essa segunda corrente, em especial, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inacio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz e Mario Roberto Carvalho de Faria.

⁷⁹³ Art. 1.832 do Código Civil: "Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer".

quatro) da herança ao cônjuge, se ele for ascendente dos descendentes com quem concorrer. Pela regra, se o cônjuge concorrer somente com descendentes do *de cujus* não haverá a reserva de $\frac{1}{4}$ (um quarto).

A polêmica que surge com o dispositivo legal é como fica a reserva em caso de sucessão híbrida, quando o cônjuge concorrer com filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, uma vez que tal situação não foi prevista pelo legislador.

Sobre o tema, a doutrina divide-se em duas correntes. A primeira corrente defende a ideia de que, havendo sucessão híbrida, não se deve fazer a reserva de $\frac{1}{4}$ para o cônjuge supérstite, tratando-se todos os descendentes como exclusivos do autor da herança.⁷⁹⁴ A segunda corrente defende a ideia de que, havendo sucessão híbrida, deve ser feita a reserva de $\frac{1}{4}$ para o cônjuge supérstite, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns.^{795,796}

Logo, mesmo que se opte pela família fundada no casamento, que supostamente proporcionaria maior segurança jurídica devido às formalidades envolvidas e a técnica jurídica mais apurada, ainda restam polêmicas doutrinárias acerca da interpretação do Código Civil que podem conduzir a resultados bastante diversos na partilha de bens. A constituição de um *trust* poderia auxiliar a estipular o destino preciso dos bens, já prevendo a destinação de cada um. Ao contrário de um testamento, que só produz efeitos a partir do termo "morte do testador", o *trust* poderia operar efeitos a partir de sua instituição.

Situação ainda mais grave ocorre com o regime sucessório da união estável.⁷⁹⁷ No que se refere a sucessão do companheiro, a primeira polêmica a ser exposta diz

⁷⁹⁴ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.225-226), são adeptos dessa corrente Caio Mario da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Flávio Tartuce, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inacio de Carvalho Neto, Jorge Shiguemitsu Fujita, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Mario Roberto Carvalho de Faria, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira e Zeno Veloso. No mesmo sentido, o Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil: "Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida"

⁷⁹⁵ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.225-226), são partidários dessa última corrente interpretativa Francisco José Cahali, José Fernando Simão e Sílvio de Salvo Venosa.

⁷⁹⁶ Em pesquisa ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais estaduais, em especial do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Distrito Federal, nas respectivas seções de jurisprudência, não foram encontrados resultados para busca com os verbetes "sucessão híbrida" *adj* "reserva quarta parte" *adj* "cônjuge supérstite".

⁷⁹⁷ Ver Anexo 8.

respeito ao companheiro enquanto herdeiro necessário. O art. 1.845⁷⁹⁸ do Código Civil estabelece que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Porém, não faz qualquer menção ao companheiro. Neste sentido, a doutrina diverge sobre se o companheiro é ou não herdeiro necessário.⁷⁹⁹

Além disto, uma das polêmicas debatidas pela doutrina diz respeito ao art. 1.790, incisos I e II do Código Civil⁸⁰⁰, os quais dispõem sobre a concorrência do companheiro com filhos comuns e descendentes exclusivos do *de cujus*, respectivamente. Como se verifica, o inciso II do art. 1.790 fala em descendentes, enquanto o inciso I fala somente em filhos. Na hipótese do primeiro inciso, o convivente terá direito a uma quota equivalente à que for atribuída ao filho. Na hipótese do segundo inciso, o convivente terá direito a metade do que couber a cada um dos descendentes.

Assim, reside divergência doutrinária quanto ao tratamento a ser dado ao companheiro quando existirem outros descendentes comuns, que não os filhos – hipótese não prevista em nenhum dos incisos acima mencionados.

Parte majoritária da doutrina⁸⁰¹ entende que, havendo descendentes comuns, como netos, por exemplo, deve ser aplicada a regra do inciso I do art. 1.790, enquanto parte minoritária entende que deve ser aplicada a regra do inciso III do art. 1.790.⁸⁰²

⁷⁹⁸ Art. 1.845 do Código Civil: "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge".

⁷⁹⁹ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.227-228), Caio Mario da Silva Pereira, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Maria Berenice Dias entendem que o companheiro é herdeiro necessário. Em sentido contrário, Christiano Cassetari, Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Flávio Tartuce, Francisco José Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inacio de Carvalho Neto, Jorge Shiguemitsu Fugita, José Fernando Simão, Maria Helena Diniz, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Marcelo Tuzzi Otero, Mário Delgado, Roberto Senise Lisboa, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, Sívio de Salvo Venosa e Zeno Veloso.

⁸⁰⁰ Art. 1.790 do Código Civil: "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles".

⁸⁰¹ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.227-228), filiam-se a essa corrente Caio Mario da Silva Pereira, Christiano Cassetari, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Flávio Tartuce, Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inacio de Carvalho Neto, Jorge Shiguemitsu Fugita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Marcelo Tuzzi Otero, Mário Delgado, Roberto Senise Lisboa, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira. No mesmo sentido, o Enunciado 266 da III Jornada de Direito Civil: "Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência de filhos comuns".

Cabe ressaltar que muito provavelmente o regime acima mencionado estabelecido pelo art. 1.790 do Código Civil será julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em primeiro de setembro de 2016, iniciou-se o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 878694, em que figura como Recorrente Maria de Fatima Venture e Recorridos Rubens Coimbra Pereira e outros, ao qual foi dada repressão geral. Neste caso, a instância de origem aplicou o art. 1.790 do Código Civil na sucessão da companheira, de modo que a ela coube apenas 1/3 (um terço) dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. O restante do patrimônio ficou com os outros três irmãos do falecido. O voto proferido pelo Min. Relator Luís Roberto Barroso foi no sentido de ser dado provimento ao recurso, com a consequente declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil com fundamento na impossibilidade de haver desequiparação ou hierarquização entre famílias. Para regulamentar a sucessão do companheiro, o Min. Barroso propôs como solução a aplicação do art. 1.829 do Código Civil⁸⁰³, que regula a sucessão no casamento. Entendeu que esse julgamento não se deve aplicar às partilhas já transitadas em julgado ou que a escritura pública já foi formalizada. Votaram com o Relator os ministros: Edson Fachin, Luiz Fux, Teori Zavascki, Rosa Weber, Celso de Mello, Carmem Lúcia Antunes Rocha. Tendo em vista o pedido de vista do Min. Dias Toffoli, ainda restam o seu voto e os dos Ministros Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Ainda sobre a união estável, há polêmica quanto ao caso em que o companheiro concorre com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança. Uma primeira corrente sustenta a ideia de que em casos de sucessão híbrida deve ser aplicado o art. 1.790, I, tratando-se todos os descendentes como comuns.⁸⁰⁴

⁸⁰² Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.227-228), são partidários dessa última corrente interpretativa Maria Berenice Dias e Mario Roberto de Carvalho Faria.

⁸⁰³ Art. 1.829 do Código Civil: "A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais".

⁸⁰⁴ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.227-228), filiam-se a essa corrente Caio Mario da Silva Pereira, Christiano Cassetari, Francisco José Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inacio de Carvalho Neto, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Marcelo Truzzi Otero, Mário Delgado, Roberto Senise Lisboa, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Sílvia de Salvo Venosa.

A segunda corrente sustenta a ideia de que em casos de sucessão híbrida deve ser aplicado o art. 1.790, II, tratando-se todos os descendentes como exclusivos de falecido.⁸⁰⁵ A terceira corrente – minoritária no país e capitaneada por Mario Roberto de Carvalho – sustenta a ideia de que em casos de sucessão híbrida deve ser aplicado o art. 1.790, III, face a impossibilidade de aplicação dos incisos anteriores. E a quarta corrente – também minoritária no país e encabeçada por Flávio Augusto Monteiro de Barros – sustenta a ideia de que em casos de sucessão híbrida deve ser aplicada a Fórmula matemática criada por Gabriele Tusa e Fernando Curi Peres.⁸⁰⁶

Outro ponto polêmico diz respeito a concorrência do companheiro com o Estado. Da análise do caput do art. 1.790 vê-se que somente os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável é que devem integrar a sucessão. Assim, questiona-se se bens adquiridos pelo falecido a título gratuito ou recebidos através de doação ou sucessão ficariam para o companheiro ou para o Estado na hipótese de o falecido não deixar descendentes, ascendentes ou colaterais.

Pelo caput do art. 1.790 do Código Civil, tais bens deveriam ser repassados ao Estado, uma vez que o companheiro sucede apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente. Porém, da leitura do art. 1.844⁸⁰⁷ do Código Civil é possível que o companheiro herde tais bens, uma vez que o dispositivo mencionado prevê a destinação de bens ao Estado somente quando o falecido não deixar cônjuge, companheiro ou outro herdeiro.

Assim, a doutrina majoritária⁸⁰⁸ entende que o companheiro não concorre com o Estado, porém, parte minoritária⁸⁰⁹ ainda entende que há concorrência entre o convivente e o Estado.⁸¹⁰

⁸⁰⁵ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.227-228), são partidários dessa corrente Flávio Tartuce, Gustavo René Nicolau, Maria Helena Diniz, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira e Zeno Veloso.

⁸⁰⁶ Fórmula criada por Gabriele Tusa e Fernando Curi Peres, os quais entendem que a "fórmula" poderá dispensar o tratamento adequado à lacuna. O inteiro teor da fórmula encontra-se no Anexo 7.

⁸⁰⁷ Art. 1.844 do Código Civil: "Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal".

⁸⁰⁸ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.227-228), filiam-se a essa corrente Caio Mario da Silva Pereira, Christiano Cassetari, Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Flávio Tartuce, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Marcelo Truzzi Otero, Mario Roberto Carvalho de Faria, Nelson Nery Junior, Rolf Madaleno e Sílvia de Salvo Venosa.

Outra circunstância que torna a constituição de um *trust* oportuna é a tendência de aumento dos tributos que incidem sobre a sucessão hereditária. Uma pesquisa acerca do panorama atual de tais tributos revela que há forte tendência de aumento de suas alíquotas. Em setembro de 2015, o Consórcio Nacional de Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita e Tributação (CONSEFAZ), vinculado ao Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), órgão do Ministério da Fazenda que tem por competência, dentre outras, promover a gestão do Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais (SINIEF)⁸¹¹, para a coleta, elaboração e distribuição de dados essenciais à formulação de políticas econômico-fiscais e ao aperfeiçoamento permanente das administrações tributárias, encaminhou um Ofício (Ofício CONSEFAZ n° 11/15) ao Presidente do Senado propondo significativo aumento na alíquota do Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD).⁸¹²

Atualmente, como é cediço, a alíquota máxima do ITCMD está prevista na Resolução do Senado n° 9,⁸¹³ de 5 de maio de 1992 e, nos termos do artigo 1.º da aludida Resolução, não pode ultrapassar o percentual de 8% (oito por cento).

No Ofício n.º 11/15, como narrado acima, o CONSEFAZ propôs uma alteração na Resolução do Senado n° 9/1992 para fixar a alíquota máxima do ITCMD em 20% (vinte por cento). Segundo o contido no Ofício, o aumento se justificaria em razão do "quadro de dificuldades atual". Ainda, a proposta se baseia no fato de que, para o CONSEFAZ, uma tributação mais justa e que impacta menos nas relações econômicas, é feita sobretaxando os contribuintes mais aquinhoados, por meio dos impostos diretos, ao invés de se elevar os tributos indiretos, que afetam a população indistintamente, ou seja, pessoas mais e menos abastadas.

⁸⁰⁹ Conforme pesquisa realizada por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hironaka (CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014. p.227-228), são partidários dessa corrente Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Hironaka, Inacio de Carvalho Neto, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Roberto Senise Lisboa, Rodrigo da Cunha Pereira, Zeno Veloso.

⁸¹⁰ Em pesquisa ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e demais tribunais estaduais, em especial do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Distrito Federal, nas respectivas seções de jurisprudência, não foram encontrados resultados para busca com os verbetes "concorrência sucessória" adj "companheiro" adj "Estado" adj "Poder Público".

⁸¹¹ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ). **Competência**. Disponível em: <goo.gl/ZWNNMf>. Acesso em> 13 jun. 2016.

⁸¹² CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ). Consórcio Nacional de Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita e Tributação (CONSEFAZ). **Ofício Consefaz n.º 11/15**. Disponível em: <goo.gl/D8HEsX>. Acesso em: 13 jun. 2016.

⁸¹³ BRASIL. Resolução n.º 9, de 05 de maio de 1992. Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea a, inciso I, e § 1.º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. Disponível em: <goo.gl/WeaeJm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Independentemente do resultado da proposta de aumento do CONSEFAZ, é certo que, recentemente, muitos Estados aumentaram o ITCMD dentro do percentual já permitido atualmente.⁸¹⁴ Recente pesquisa de Gustavo Querotti e Silva demonstra bem a evolução de aumento do ITCMD:

FIGURA 2 - ESTADOS ONDE HOUE ALTERAÇÃO NA COBRANÇA DO IMPOSTO SOBRE HERANÇA E DOAÇÕES – 29/01/2016

Estados onde houve alteração na cobrança do imposto sobre heranças e doações		
Estado	Como era a alíquota do ITCMD	Como ficou a alíquota do ITCMD
RJ	4% para heranças e doações	4,5% a 5% para heranças e doações (a partir de 28/03/16)
CE	2% a 8% para heranças e 2% a 4% para doações	2% a 8% para heranças e doações
DF	4% para heranças e doações	4% a 6% para heranças e doações
GO	2% a 4% para heranças e doações	2% a 8% para heranças e doações
MA	4% para herança e 2% para doações	3% a 7% para heranças e 1% a 2% para doações
MS	4% para herança e 2% para doações	6% para herança e 3% para doações (a partir de 15/02/16)
PB	4% para heranças e doações	2% a 8% para heranças e doações
PE	5% para herança e 2% para doações	2% a 8% para heranças e doações
RN	3% para heranças e doações	3% a 6% para heranças e doações
RS	4% para heranças e 3% para doações	0 a 6% para heranças e 3% a 4% para doações
SE	4% para heranças e doações	2% a 8% para heranças e 4% para doações
TO	2% a 4% para heranças e doações	2% a 8% para heranças e doações

FONTE: INFOMONEY. **Imposto sobre herança sobe em quase metade do Brasil:** veja alíquotas. Disponível em: <goo.gl/ksMmTw>. Acesso em: 10 jun. 2016.

Diante deste quadro, que por si só já demonstra os mais variados aumentos nos Estados, impõe-se tecer breves comentários sobre algumas situações específicas.

De início, observa-se que as alterações estaduais não seguem um padrão, pois cada ente aumenta a alíquota de uma determinada maneira. Isso, apesar de estar em conformidade com a lei, surpreende o cidadão e dificulta as estratégias advocatícias. Assim, por ocasião da realização de um planejamento tributário, será necessário verificar em cada Estado a alíquota de cada tributo.

Ademais, ressaltam-se os aumentos expressivos das alíquotas do ITCMD ocorridos em alguns Estados, como por exemplo: Goiás, em que a alíquota do ITCMD de 2 a 4% passou para 2 a 8%; Mato Grosso do Sul, onde a alíquota do ITCMD de 4% aumentou para 6%; e, Rio Grande do Norte, em que a alíquota do ITCMD de 3% subiu para de 3 a 6%.

Por todas as razões e todos os exemplos acima expostos, verifica-se que o *trust* pode desempenhar funções que não podem ser exercidas nem pelo testamento. E, mesmo nas situações em que poderia haver disposição testamentária, entende-se que o *trust* seria mais vantajoso por poder ser constituído e produzir alguns efeitos

⁸¹⁴ LAPORTA, Taís. 20 estados e DF sobem ICMS no país; veja quais impostos aumentaram. **G1**. Disponível em: <goo.gl/QUC9Oz>. Acesso em: 13 jun. 2016.

de imediato. No testamento, por mais cautela que se tenha, o testador nunca saberá se suas disposições efetivamente estão sendo respeitadas. Além disso, pode colocar os herdeiros ou legatários em situação frágil, pois só permite o inventário judicial e mesmo os testamentos públicos podem ser questionados judicialmente, o que pode atrasar em anos a produção dos efeitos almejados pelo testador.

Em certos casos, crê-se que o mais adequado seria a instituição de *trust* com nomeação de *trustee* profissional e indicação da pessoa com deficiência como beneficiária. Esse expediente pode aliás ser complementar ao instituto da tomada de decisão apoiada ou à própria curatela, pois o *trustee* poderia auxiliar na fiscalização da atuação dos apoiadores ou curadores.⁸¹⁵ Nesse caso, o curador ficaria responsável apenas por prestar conta das despesas realizadas com a renda recebida pelo curatelado beneficiário, o que tornaria sua incumbência muito menos complexa, pois não teria a responsabilidade de gerir todo o patrimônio.

Cabe destacar que o regime das incapacidades não se aplica somente aos deficientes, mas também às crianças e aos adolescentes, bem como a uma parcela dos idosos, que, muitas vezes em razão de doenças degenerativas, ficam com o discernimento limitado.

Por fim, outra vantagem da utilização do *trust* é a de que, em caso de danos causados pela pessoa com deficiência, nos moldes do art. 928 do Código Civil, os bens em *trust* ficam salvaguardados, pois o *trustee* é o seu titular, sendo o deficiente apenas beneficiário.

Para que o *trust* possa paulatinamente ser recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro são traçadas abaixo algumas premissas.

5.3 PREMISSAS PARA A RECEPÇÃO DE TRUSTS NO BRASIL

Conforme discorrido na Seção 2.1 desta tese⁸¹⁶, a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento estabelece critérios mínimos a serem adotados por países cuja tradição jurídica não pertença, necessariamente, à *common law*, fornecendo parâmetros para a escolha da lei aplicável aos *trusts* constituídos internacionalmente. Com isso, a Convenção buscou sintetizar, logo em

⁸¹⁵ OLIVA, Milena Donato. A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do *trust* pelo direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v.102, n.938, p.59, dez. 2013.

⁸¹⁶ Ver p.59 e seguintes.

seu Artigo 2, as características comuns a todas as diferentes espécies de *trusts*, de modo a permitir que os juristas possam identificar um *trust* quando se depararem com a figura.

Estabelece, assim, a Convenção da Haia que *trusts* são operações por meio das quais o *settlor* – por ato *inter vivos* ou *causa mortis* – transfere bens para o controle de um *trustee* os administrar em favor do(s) beneficiário(s) (*cestui que trust*) ou de algum propósito determinado.

Na sequência, o Artigo 2 define três características marcantes dos *trusts*.

Primeiro, estabelece-se que os bens do *trust* constituem um fundo separado, o qual embora seja de titularidade do *trustee*, não integra seu patrimônio pessoal. Os bens que compõem o *trust* constituem, assim, um patrimônio de afetação e não integram o patrimônio pessoal ou empresarial do *trustee*.

Segundo, o *trustee* deverá ser o titular dos bens objeto do *trust*, podendo os bens estarem em nome de outra pessoa, mas em favor do *trustee*, isto é, em benefício da administração que será realizada pelo *trustee*.

Terceiro, o *trustee* tem o poder e o dever de gerenciar, empregar ou dispor dos bens em conformidade com as regras do *trust* e os deveres especiais a ele impostos pela lei, sobre os quais tem responsabilidade.

O Artigo 2 estabelece, ao final, que a reserva de alguns direitos e poderes pelo *settlor* não desconstitui a essência de um *trust*. De igual forma, também não descaracteriza um *trust* o fato de o *trustee* figurar parcial ou integralmente como beneficiário.

Percebe-se que essas características são bastante abrangentes, e permitem que diversos arranjos patrimoniais possam ser reconhecidos enquanto *trusts* desde que devidamente constituídos e reconhecidos nos termos da Convenção. Como dito, entende-se que no Brasil esse instituto melhor se amolda ao patrimônio de afetação, figura que contempla as características apontadas pela Convenção da Haia.

Além de estabelecer essas características essenciais dos *trusts*, a Convenção da Haia prevê, em seu Artigo 15, que a constituição de um *trust* em determinado foro não pode violar ou desconsiderar garantias protegidas pelo direito local. A Convenção traz, em rol exemplificativo, a proteção de menores e incapazes, os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, os testamentos e a sucessão legítima, em especial a parcela indisponível destinada a cônjuges e parentes, a transferência de título de propriedade e interesses securitários em propriedade, a proteção de credores em casos de insolvência e a proteção de terceiros de boa-fé em outros casos. Em casos

de conflito entre o reconhecimento de um *trust* e a proteção dessas garantias indisponíveis, deverá haver esforço pelo Judiciário para possibilitar consecução dos efeitos pretendidos por esse *trust*, utilizando-se de outros modos jurídicos para alcançar tal eficácia.

Além disso, o Artigo 18 determina a observância da ordem pública enquanto requisito essencial ao reconhecimento de *trusts*, sob pena de desconSIDERAÇÃO dos atos de constituição e reconhecimento dos *trusts* regulados pela Convenção da Haia. Nesse sentido, em parecer que trata da possibilidade de reconhecimento no Brasil de *trust* constituído no exterior envolvendo residente fiscal no Brasil, Gustavo Tepedino afirma que:

Por tal razão, a constituição do *trust*, na espécie, deve ser respeitada no Brasil, e seus principais efeitos concernentes à separação de patrimônio e à distribuição de proveitos aos beneficiários indicados devem ser assegurados nos termos da legislação do local em que foi instituído, precisamente por, repita-se à exaustão, não violar qualquer princípio de ordem pública nacional.⁸¹⁷

Nos julgados abaixo, que apreciam a produção de efeitos de *trusts* no direito brasileiro, a conclusão foi igualmente pela compatibilidade dessa figura com o direito brasileiro:

DISTRITO FEDERAL. Corte de apelação do Distrito Federal. Edward Ashword & Co. – J.C. Im Thurn & Sons Limited e Massa Falida de Edward Ashword & Comp. The British Bank of South American Limited. Reivindicação em falência - Cartas de "*trust*", sua definição, natureza jurídica e efeitos - Modalidades do "*trust*", - "*Trust for sale*". - O instituto do "*trust*" do direito inglês, configurado no caso vertente, nada contendo que contravenha às leis brasileiras e especialmente no que toca às reguladoras do crédito público, é admissível no direito brasileiro, podendo ser invocado como fundamento de reivindicação de bens móveis encontrados no Brasil, porque a situação jurídica em que pelo direito inglês fica o beneficiário, é das que pela lei brasileira autorizam a reivindicação. - Baseando-se o "*trust*" numa relação de mandato, se incide em falência o "*trustee*" e são arrecadados os bens constitutivos do "*trust*" que lhe foram confiados, pode o beneficiário ("*cestui que trust*") reivindicá-los, nos termos do art. 138, n.º 1 do Decreto n.º 5746 de 9 de Dezembro de 1929. Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1930.⁸¹⁸

⁸¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. O *trust* no direito brasileiro. In: **Soluções práticas de direito**: pareceres. São Paulo: RT, 2011. v.2. p.509.

⁸¹⁸ Essa decisão é citada na obra: FOERSTER, Gerd. **O trust do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil**: perspectiva de direito comparado: considerações sobre o acolhimento do "*trust*" pelo direito brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p.565. A autora entrou em contato por telefone e e-mail com o Tribunal respectivo para conseguir seu inteiro teor. Todavia, obteve a resposta de que por se tratar de caso muito antigo, o acórdão não estava disponível nos arquivos de consulta pública.

DISTRITO FEDERAL. Quarta Câmara civil do Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 4.950. Thomas F. Kelleghan e Prefeitura do Distrito Federal. COISA JULGADA – Inexistência – Sentença relativa a cálculo de imposto. IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE CAUSA MORTIS - Incidência – Sucessão testamentária – Cidadão norte-americano que deixou testamento pelo qual dispôs de seus bens sob a forma de *trust* - Semelhança do instituto ao nosso fideicomisso. TRUST - Instituto do direito inglês e norte-americano semelhante ao nosso fideicomisso – Sujeição ao imposto de transmissão *causa mortis*. Uma sentença relativa a cálculo de imposto somente se pode considerar coisa julgada, quando haja dirimido controvérsia suscitada entre as partes. A figura do "trust" do direito inglês e norte-americano, assemelha-se ao nosso fideicomisso e deve pagar o imposto correspondente.⁸¹⁹

Por fim, o Artigo 19 prevê que o regramento fiscal de cada país prevalecerá, mesmo com a instituição e o reconhecimento de um *trust*. Com isso, não se permite que os *trusts* sejam usados para a não incidência de tributos domésticos, prejudicando a arrecadação dos Estados. Importante esclarecer que a Convenção busca evitar a sonegação de tributos, possibilitando a utilização de mecanismos de planejamento sucessório compatíveis com a legislação.⁸²⁰

Há, portanto, uma série de limites que podem ser impostos pelo Estado à constituição e reconhecimento de *trusts*. Feitas essas ressalvas, permite-se que os *trusts* sejam livremente instituídos e reconhecidos para as mais diversas finalidades lícitas pretendidas pelo *settlor*.

Propõe-se, dessa forma, as seguintes premissas para que os *trusts* possam ser recepcionados no Brasil. Primeiro, deve haver a regular constituição do *trust*, respeitadas as características essenciais de transferência de titularidade do domínio ao *trustee* e a observância por este das condições estabelecidas pelo *settlor* no ato de constituição. Segundo, é preciso que a constituição de um *trust* não venha a ofender matérias de ordem pública previstas na legislação pátria. Terceiro, é preciso que se observe na constituição do *trust* a garantia de proteção da sucessão legítima,

⁸¹⁹ Julgado retirado de **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.228, p.501-504, out. 1954.

⁸²⁰ Para leitura adicional sobre a impossibilidade do uso de *trusts* para a prática de sonegação fiscal, ver TORRES, Heleno Tavares. Trust não pode ser usado para sonegação fiscal. **Consultor Jurídico** (online), 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/SFuaJC>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

de modo a não prejudicar herdeiros.⁸²¹ Por fim, entende-se que devem permanecer rigorosamente vedadas as doações inoficiosas.⁸²²

Diante dessas considerações, entende-se que a melhor opção para a recepção dos *trusts* no Brasil seria a assinatura e ratificação da Convenção da Haia pelo país. Tratando-se de documento global, o ingresso na Convenção colocaria o Brasil em ambiente juridicamente seguro, juntamente com outros países da tradição *civil law*, facilitando o diálogo com outros sistemas jurídicos.

Como exposto, a Convenção da Haia sobre *Trusts* é um documento bem elaborado, cuidadosamente redigido após profundo estudo do funcionamento dos *trusts* fora do ambiente jurídico da *common law*, revelando a maturidade de seus autores na lida da temática. Assim, atento às diferenças intrínsecas a cada sistema jurídico, cada qual com suas regras próprias atinentes a direitos indisponíveis a serem protegidos, a Convenção concede aos Estados certo grau de liberalidade, havendo margem para que cada país adapte a figura do *trust* à sua conveniência.

De toda a análise feita nesta tese, restou evidente que o eloquente argumento frequentemente invocado como obstáculo para a recepção dos *trusts* no Brasil – a existência de um duplo domínio⁸²³, característica do *trust* inglês medieval – não

⁸²¹ Art. 549 do Código Civil: "Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento". Além disso, o direito brasileiro veda a doação que de todo o patrimônio sem a preservação de um conjunto mínimo de bens que possa assegurar a vida digna desse sujeito. Conforme esclarece Luiz Edson Fachin: "Bem se vê que, nessa visão diversa, captada pela lente da pluralidade, o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo". (FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.280).

⁸²² No caso brasileiro, haveria a necessidade de preservação da legítima, conforme os seguintes artigos do Código Civil: Art. 1.789 do Código Civil – "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança"; Art. 1.847 do Código Civil – "Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação"; Art. 1.857 do Código Civil – "Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1.º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento".

⁸²³ "Another factor that has contributed to a certain amount of mutual misunderstanding is the habit, shared by common lawyers and civilians alike, of describing the common law trust as a structure based on divided ownership. It is only a metaphor, and one that is misleading in many ways;⁴ but it has become, at one and the same time, an accepted shorthand for describing the common law trust and also the principal reason why it is thought that such a trust can never be fully accepted by a civilian law of property". (SMITH, Lionel. The re-imagined trust. In: **Re-imagining the Trust**. New York: Cambridge, 2012. Edição Kindle. Posição 4.790). Tradução livre: "Outro fator que contribuiu para certa incompreensão mútua foi o hábito, compartilhado por juristas da *common law* e da *civil law*, de descrever o *trust* da *common law* como uma estrutura fundada sobre a divisão do domínio/da propriedade. Trata-se apenas de uma metáfora, que pode ser enganadora

configura justificativa plausível nos dias atuais. Em primeiro lugar, como visto, ainda hoje persiste a figura da subenfiteuse: mesmo que novas subenfiteuses não possam ser criadas desde a vigência do Código Civil de 2002, aquelas já constituídas antes da legislação civil atual permanecem válidas, conferindo o direito civil ampla proteção jurídica a esse instituto que também contempla o duplo domínio.⁸²⁴ Cabe notar, ainda, que apesar de a maior parte da doutrina brasileira se posicionar pela incompatibilidade do *trust* com nosso ordenamento jurídico, não houve qualquer objeção à proposta de criação do "contrato fiduciário" no Projeto de Lei n.º 1.572/2011, figura que apresenta contornos muitíssimos semelhantes aos do *trust*. Não se vê artigo algum denunciando a nova modalidade contratual proposta. Ainda que na estrutura e na função o contrato fiduciário seja muito parecido com o *trust*, não despertou a mesma reação negativa por receber um nome diverso.

Em segundo lugar, ao longo do desenvolvimento da tese, também foi demonstrado que o *trust* contemporâneo tem como principal característica configurar-se como patrimônio de afetação.⁸²⁵ Como foi demonstrado, essa figura tem sido cada vez mais utilizada no Brasil, havendo amplo espaço para crescimento dessa modalidade de patrimônio. Com isso, ante o prestígio conferido pelo direito brasileiro aos patrimônios de afetação, há no Brasil um ambiente hospitaleiro para a recepção dos *trusts*, tendo se criado um campo fértil para o crescimento dessa figura.

Pelos exemplos trazidos, além de solo favorável à recepção dos *trusts*, demonstrou-se haver demanda para a criação de *trusts* brasileiros, não apenas no campo negocial, como também na proteção de pessoas vulneráveis. Não havendo possibilidade de se atender essa demanda pelo direito interno brasileiro, resta às pessoas que desejam instituir *trusts* recorrer aos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Essa situação ocorreu na França, como explica François Barrière:

de várias maneiras, mas que tem se tornado, a um e ao mesmo tempo, uma maneira aceitável de simplificar a descrição do *trust* da *common law* e também o principal motivo pelo qual se pensa que tal *trust* não pode jamais ser integralmente aceito por um direito da propriedade da *civil law*".

⁸²⁴ Discorda-se, portanto, de posições como a expressada por Orlando Gomes, que crê ser o *trust* incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro em virtude da dupla propriedade (GOMES, Orlando. Clube de estrangeiros. "Trustee". Reforma de estatuto. In: **Questões de direito civil**: pareceres. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.374).

⁸²⁵ Nesse sentido, consultar: LEPAULLE, Pierre. **Les Éléments essentiels du trust**. Paris: Impr. moderne, 1930; LEPAULLE, Pierre. **Les Fonctions du "Trust" et les institutions équivalentes en droit français**. Agen: Impr. moderne, 1929.

A Ordem dos Advogados reivindicou fortemente um instrumento similar, destacando essa lacuna na competitividade do sistema francês. A competição com o *trust* era o principal enfoque da Ordem. Empresas francês haviam se mudado para lugares fora da França, sob o raciocínio de que o *trust* anglo-americano atendia melhor suas necessidades. A multiplicação de institutos equivalentes ao *trust* em países da *civil law* (uma parcela considerável dos países na América Latina e do Sul, bem como Luxemburgo, Rússia, Líbano e, é claro, Quebec) apresentaram competição adicional.⁸²⁶

Com a criação de *trusts* no exterior, verifica-se que a legislação fiscal brasileira vem buscando, de alguma forma, se preparar para lidar com essa nova realidade. Pelo fato de a legislação brasileira prever regramento parcial aos *trusts*, entende-se que a sua recepção estaria em progresso. As autoridades fiscais, no entanto, têm dificuldade de lidar adequadamente com os *trusts*, pois não conseguiram sequer compreender a sua definição jurídica.

Por tal motivo, não se concorda com a posição de renomados autores⁸²⁷ que defendem que o *trust* seja recepcionado no Brasil por meio do instituto da fidúcia, tal como ocorreu na França e em outros países pertencentes à *civil law*.⁸²⁸ Se, de um lado, poderia haver algumas funções dos *trusts* que poderiam ser desempenhas pela fidúcia – o que seria um aspecto positivo dessa tentativa de identificação –, de outro, simplesmente não se resolve o problema ora colocado. A identificação entre *trusts* e a fidúcia não é correta do ponto de vista histórico e do significado jurídico

⁸²⁶ "The Bar called strongly for a similar instrument, underlining this gap in the competitiveness of the French system. Competition from the trust was the Bar's particular focus. French businesses had relocated operation to places outside France, based on the reasoning that the Anglo-American trust better met their needs. The multiplication of equivalents to the trust in civil law countries (a considerable proportion of the countries of Latin and South America, as well as Luxembourg, Russia, Lebanon and, of course, Quebec) presented additional competition". (BARRIÈRE, François. *The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty*. In: SMITH, Lionel. **Re-imagining the Trust**. New York: Cambridge, 2012. Edição Kindle. Posição 4.188). Tradução livre: "A Ordem dos Advogados reivindicou fortemente um instrumento similar, destacando essa lacuna na competitividade do sistema francês. A competição com o trust era o principal enfoque da Ordem. Empresas francesas haviam se mudado para lugares fora da França, sob o raciocínio de que o trust anglo-americano atendia melhor suas necessidades. A multiplicação de institutos equivalentes ao trust em países da civil law (uma parcela considerável dos países na América Latina e do Sul, bem como Luxemburgo, Rússia, Líbano e, é claro, Quebec) apresentaram competição adicional".

⁸²⁷ MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.657, p.44, jul. 1990; OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014; CHALHUB, Melhim Namem. **Trust**: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MARTINS, Raphael Manhães. Análise da "aclimatação" do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n.1, p.57, 2013.

⁸²⁸ A França recepcionou a fidúcia por meio da Lei n.º 2007-211, de 17 de fevereiro de 2007.

das duas figuras.⁸²⁹ Ademais, seria uma solução incompleta: pessoas bem assessoradas continuarão a criar *trusts* no exterior, e os juristas brasileiros permanecerão perdidos em busca desse conceito, tão próximo e tão distante do Brasil.

Com isso, entende-se que a melhor alternativa à disposição do sistema jurídico brasileiro para lidar adequadamente com os *trusts* seria, posteriormente ao ingresso na Convenção da Haia sobre *Trusts*, promover alteração legislativa para incluir os *trusts* no Código Civil.

Tendo em vista se tratar de uma figura ainda não tão conhecida pelos juristas brasileiros, é natural que o *trust* suscite preocupações no sentido de que poderá ser utilizado como um mecanismo para o cometimento de crimes. É preciso, contudo, transcender a lógica da vedação ao uso fundada no abuso.

Em nosso próprio ordenamento jurídico – guardadas as devidas proporções – algo similar ocorreu com o instituto da pessoa jurídica. A extensão do atributo da personalidade jurídica para entes além das pessoas físicas visa atender a propósitos socialmente relevantes, tais como facilitar a realização de atividades que demandam a reunião em grupos e propiciar a diminuição de riscos ao patrimônio dos seres humanos que a compõem.

Ocorre que, no cotidiano jurídico, em certas ocasiões a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas passou a se mostrar prejudicial à conquista das finalidades para as quais foram concebidas. Percebeu-se que a existência de patrimônios autônomos – o da sociedade e o particular dos sócios – consubstanciou-se em mecanismo utilizado para o cometimento de fraudes e outros atos contrários ao Direito, desvirtuando o propósito previsto pela legislação.

Nesse sentido, Rubens Requião defendeu que em situações extremas, nas quais a "personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo de fraude", seria adequado e compatível com o direito brasileiro a sua desestimação, isto é, a "declaração de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo a mesma incólume para seus outros fins legítimos", de modo a alcançar os bens dos sócios.⁸³⁰

⁸²⁹ No dizer de Gustavo Tepedino: "Por sua singularidade, seria imperfeita qualquer analogia do *trust* com os institutos previstos no direito brasileiro". (TEPEDINO, Gustavo. O *trust* no direito brasileiro. In: **Soluções práticas de direito**: pareceres. São Paulo: RT, 2011. v.2. p.509.

⁸³⁰ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da pessoa jurídica (*disregard doctrine*). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.410, n.12, p.12-14, dez. 1969.

Mais tarde, a análise do tema foi renovada pelos estudos de José Lamartine Corrêa Oliveira, o qual diagnosticou ao final da década de 1970 que o instituto da pessoa jurídica padecia de uma dupla crise: a primeira de sistema e a segunda de função. A crise de função seria expressada pela disparidade entre os fins previstos na lei e a utilização da pessoa jurídica, acarretando a opção axiológica pela sua desconsideração. Nas palavras do referido autor:

O legislador deve guardar, porém, uma segunda e fundamental fidelidade: a fidelidade axiológica. A ordem jurídica só tem sentido quando orientada basicamente por determinados valores sem os quais ela não tem justificativa possível. Tais valores radicam, em última análise, na dignidade da pessoa humana, na fundamental existência de direitos dos homens, e de igualdade entre todos os homens. A pessoa jurídica, realidade accidental e subordinada a esses valores reitores da ordem jurídica, existe em função de determinados fins, considerados humana e socialmente relevantes. Se um agrupamento se organiza para fins imorais (como no exemplo clássico de uma quadrilha de bandidos), o limite axiológico da ordem jurídica passa a ser ao mesmo tempo limite ontológico: não é possível admitir-se que a quadrilha seja pessoa jurídica. A pessoa jurídica é uma realidade que tem funções – função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; função de limitação de riscos empresariais; função de agrupamento entre os homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – funções. Se tais funções novas entram em contraste com os valores reitores da ordem jurídica, há uma crise da função do instituto.⁸³¹

Impende ressaltar que, segundo Rubens Requião e José Lamartine Corrêa Oliveira, a desconsideração da personalidade jurídica (ou sua desestimação) seria medida excepcional, a qual só deveria ser aplicada em situações extraordinárias, quando o instituto estivesse tendo seu uso desvirtuado para o cometimento de fraudes e abuso de direito. Essa mesma lógica pode permear a apreciação sobre os *trusts*, permitindo a interferência judicial em casos de uso desvirtuado dessa figura.⁸³²

⁸³¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p.608.

⁸³² "Moreover, if the trustee wrongfully transferred trust property to somebody other than a purchaser in good faith without notice of the trust, then, through the remedy called 'tracing,' the beneficiary's property interest continued to attach to the transferred property, and the transferee was considered to hold the property and all of its proceeds in trust for the beneficiary, who was the equitable or beneficial owner of the property". (HANSMANN, Henry; MATTEI, Ugo. The Functions of Trust Law: a comparative legal and economic analysis. **New York University Law Review**, v.73, p.440, May 1998). Tradução livre: "Ademais, se o trustee transferiu indevidamente bens do trust para alguém que não um adquirente de boa-fé sem conhecimento do trust, então, por meio de um remédio chamado 'tracing', o interesse do beneficiário sobre a propriedade permanece vinculado aos bens transferidos, e considera-se que o receptor detém os bens e todas as suas rendas em trust para o beneficiário, que era o proprietário equitativo dos bens".

Nesse sentido, verifica-se, por exemplo, nos Estados Unidos da América, a existência de casos em que o Poder Judiciário necessitou realizar a devida adequação da constituição de *trusts* para preservar direitos indisponíveis⁸³³ ou evitar o cometimento de fraudes.⁸³⁴ Por todo o exposto, resta claro que o *trust* não é uma figura desprovida de limites e, com as devidas cautelas, pode oferecer grandes potencialidades ao direito brasileiro.

⁸³³ No caso *Riechers v. Riechers* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Westchester County, Second Judicial Department of the State of New York. *Riechers v. Riechers*. **New York Supplement, Second Series**, St. Paul, v.679, 1998, p.233), em julgamento de caso de divórcio, o Tribunal do Condado de Westchester, Estado de Nova York, interveio? na constituição de um *trust* pelo cônjuge varão, médico, instituído para proteger seu patrimônio familiar contra ações de pacientes por erro médico, indicando como beneficiários seus filhos e "a esposa do *Settlor*", sem nominar a cônjuge virago. O instrumento de criação do *trust* previa que a esposa perderia o direito aos benefícios em caso de divórcio. No entanto, tendo sido instituído com o patrimônio familiar, o Tribunal decidiu por conceder à cônjuge virago metade do valor do patrimônio conjugal utilizado na constituição do *trust*.

⁸³⁴ No caso *Federal Trade Commission v. Affordable Media, LLC* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Federal Trade Commission v. Affordable Media*. **Federal Reporter, Third Series**, St. Paul, v.179, 1999, p.1.228), o Nono Circuito do Tribunal Federal de Recursos dos Estados Unidos, manteve a condenação dos réus por *contempt of court* – sanção processual cominatória existente nos Estados Unidos, semelhante à punição pelo crime de desobediência a ordem judicial – diante de sua resistência em repatriar recursos aos Estados Unidos colocados em um *trust* nas Ilhas Cook com o propósito de blindar seu patrimônio contra ações de consumidores defraudados em um golpe de "pirâmide" praticado por telemarketing. Embora os réus tenham argumentado que haviam renunciado poderes enquanto *trustees*, concedendo todo o domínio sobre os bens no exterior a uma pessoa jurídica, o Tribunal entendeu que os réus permaneciam tendo controle sobre o *trust*, tendo poderes para repatriar os recursos: "*Given the nature of the Andersons' so-called 'asset protection' trust, which was designed to frustrate the power of United States' courts to enforce judgments, there may be little else that a district court judge can do besides exercise its contempt powers to coerce people like the Andersons into removing the obstacles they placed in the way of a court. Given that the Andersons' trust is operating precisely as they intended, we are not overly sympathetic to their claims and would be hesitant to overly-restrict the district court's discretion, and thus legitimize what the Andersons have done*". Tradução livre: "Dada a natureza do chamado *trust* 'para a proteção de bens' dos Anderson, que foi projeto para frustrar o poder dos tribunais dos Estados Unidos de executar suas decisões judiciais, restam poucas alternativas ao juízo de primeira instância senão exercer seus poderes cominatórios para coagir pessoas como os Anderson a removerem os obstáculos que eles mesmos colocaram no caminho do judiciário. Dado que o *trust* dos Anderson está operando exatamente da forma como eles pretenderam, não somos demasiadamente simpáticos às suas alegações e seríamos hesitantes a restringir em demasia a discricionariedade do juízo de primeira instância, assim legitimando o que fora feito pelos Anderson".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desfecho da presente tese se inicia pela retomada da lição do poeta grego Konstantínos Kaváfis, segundo o qual, ao se lançar rumo a uma jornada desafiadora como a de Ulisses, deve-se aspirar que ela seja longa e repleta de aventura e conhecimento. A peregrinação em busca de um conceito de *trust* e seu diálogo com o direito brasileiro foi permeada de encontros e desencontros.

Uma das razões para tanto decorre da necessidade de que, para se avançar em direção à compreensão das características do *trust* contemporâneo é preciso antes de tudo "dar um passo para trás"⁸³⁵, a fim de compreender adequadamente as condições que proporcionaram o surgimento dessa figura. Além disso, foi preciso revisitar categorias clássicas do direito civil, justamente nesse ano em que a primeira codificação brasileira completa seu centenário.

Num mundo em constante mutação – talvez mais acelerada pelos avanços da tecnologia e pelas trocas culturais cada vez mais intensas, a despeito de situações que parecem tão congeladas no tempo – o Direito tem o desafio de adaptar-se, com o risco de, caso não o faça, tornar-se anacrônico. Crê-se que seja justamente esse o papel da doutrina. Refletir sobre as situações que se colocam na realidade fática para propor a delimitação de conceitos e de critérios interpretativos. É isso que a tese pretendeu realizar, dentro dos limites materiais e intelectuais da autora.

O caminho percorrido foi o de etapas e de diálogos. Optou-se por construir para os *trusts* um histórico que narrasse o caminho percorrido por eles no mundo ocidental, apontando-se para isso um momento de "início", que seria a Inglaterra pós-conquista normanda. Mostrou-se como esta figura foi se adaptando as novas realidades socioculturais e históricas em solo europeu – notadamente fora do continente, de começo – e depois se amalgamando as demais realidades, como ocorreu com a situação conhecida historicamente como querela franciscana, cujos efeitos foram sentidos no território do dizer e do fazer jurídicos, e cujos ecos ouvimos, de um

⁸³⁵ De modo sagaz, Lionel Smith afirma que: "*The challenge is in comprehending the projects that lie in the future: to develop a global understanding of trusts may require us to step back before we can go forward. The law of trusts, as a fundamental category of legal thought, is intimately connected with a number of other fundamental legal concepts*". (SMITH, Lionel. *The re-imagined trust*. In: **Re-imagining the Trust**. New York: Cambridge, 2012. Edição Kindle. Posição 4.790). Tradução livre: "O desafio está em compreender os projetos que estão no futuro: desenvolver uma compreensão global dos *trusts* pode exigir que demos um passo para trás antes de seguir em frente. O direito dos *trusts*, enquanto categoria fundamental do pensamento jurídico, está intimamente ligada a diversos outros conceitos jurídicos fundamentais".

modo ou de outro até os dias atuais, uma vez que somos tributários desse modo de pensar e praticar o Direito. Isso explica o aprofundamento histórico do capítulo I, para o qual lançaram-se mão de estudos transdisciplinares, em profundo diálogo com outras áreas do saber, utilizando-se de fontes variadas, por vezes incomuns em trabalhos dessa espécie.

Em seguida a este painel histórico foi feito um estudo comparativo entre os *trusts* e demais figuras jurídicas, como a enfiteuse e o fideicomisso. Apontaram-se similitudes mas principalmente as diferenças, fossem as de origem, as de concepção, mas fundamentalmente as das práticas na ordem do Direito.

Mostraram-se nesta tese as vantagens do uso do *trust* em casos bem específicos, típicos da realidade que nos atravessa: fossem situações delicadas como o das pessoas deficientes ou incapazes, fosse ainda para a regulamentação de situações fiscais de quem deseja investir no exterior, sem contravenção ou sem onerar os cofres públicos brasileiros.

Sustentou-se que o *trust* cabe, então, perfeitamente na realidade brasileira e que poderia ser perfeitamente recepcionado no Brasil, sendo para isso necessário e conveniente que o país aderisse à Convenção da Haia sobre *trusts*, promovendo as alterações necessárias no Código Civil, o que só traria benefícios. Para tanto, adotou-se a posição de que os *trusts* predicam-se como patrimônio de afetação hodiernamente. É por essa razão que a tese apresenta as diversas modalidades de patrimônios de afetação existentes atualmente na legislação brasileira, para sustentar a compatibilidade desse instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para finalizar, uma tese de doutorado não teria muito sentido caso não trouxesse possibilidades de abertura para outros territórios do dizer e das práticas sociais. O Direito – por razões muito particulares – não poderia isolar-se dessa realidade acadêmica, com o risco de tornar-se autofágico ou ainda fonte de um discurso no deserto, para o qual não haveria ouvintes além do pó.

Desde o início desse projeto, manteve-se em mente trazer para o meio acadêmico um novo dizer, uma nova forma de olhar, um novo patamar a partir do qual outros pudessem ser alcançados, mesmo reconhecendo os limites que uma tese e uma pesquisa acadêmica carregam no seu bojo. Paralelamente – e nisso a prática do trabalho diário com o Direito deixou notório –, trazer possibilidades de uso prático.

Desse modo, espera-se ter contribuído para a elucidação de fatos acerca da realidade do *trust*, essa figura por vezes mal compreendida tanto pela sociedade

quanto no próprio seio do Direito. O *trust*, como se mostrou, pode ser de grande benefício para a realidade que se constrói no Brasil de hoje, época de sensíveis situações políticas e sociais.

REFERÊNCIAS

ADVOGADO de Cunha diz que ele não mentiu a CPI sobre contas bancárias. **G1**, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/tJfWqk>>. Acesso em: 13 maio 2016.

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Codificação e não codificação**: do paradigma moderno ao direito de empresa. 139f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014.

ALVES, Gustavo de Aguiar Ferreira. **Segregação patrimonial e securitização de crédito**. 165f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2.ed. aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Teoria e prática da enfiteuse**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

AMORIM, Felipe. Entenda o que Eduardo Cunha já disse sobre a origem de dinheiro na Suíça. **UOL Notícias** (online), 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/um2kTU>>. Acesso em: 03 maio 2016.

AMORIM, Felipe; PRAZERES, Leandro. Trusts são "empresas de papel", diz relator; advogado de Cunha vê "guilhotina". **UOL Notícias** (online), 12 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/NnsL9t>>. Acesso em: 16 set. 2016.

AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2014. (Coleção Estado de Sítio).

AQUINO, Sto. São Tomás et al. **Seleção de textos**. Traduzido por Luiz João Baraúna et al. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ATTORNEY GENERAL'S OFFICE. **About us**. Disponível em: <goo.gl/7BfcvN>. Acesso em: 07 maio 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **CBE - Capitais brasileiros no exterior**. Disponível em: <<http://goo.gl/vShHDz>>. Acesso em: 07 maio 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **CBE - Manual da declaração on-line**. Disponível em: <<http://goo.gl/SqA9g0>>. Acesso em: 11 maio 2016.

BAR, Christian von; CLIVE, Eric (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Full Edition. München: Sellier, 2009. v.6.

BAR, Christian von; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans (Eds.). **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)**. Outline Edition. München: Sellier, 2009.

BARRIÈRE, François. *Charitable trusts* anglo-américains et fondations françaises: des moyens analogues de protection du patrimoine naturel ou culturel. In: CORNU, Marie; FROMAGEAU, Jérôme (Dir.). **Fondation et trust**: dans la protection du patrimoine. Paris: L'Harmattan, 1999. p.89-102.

BARRIÈRE, François. The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty. In: SMITH, Lionel. **Re-imagining the Trust**. New York: Cambridge, 2012. Edição Kindle.

BARROCAL, André. Cunha, inimigo simbólico do cerco global a paraísos fiscais. **Carta Capital** (online), 16 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/IRkxiz>>. Acesso em: 15 maio 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **A arte da vida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BC desmonta argumentos de Cunha sobre contas no exterior. **Correio do Brasil**, 09 abr. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/MiwbS2>>. Acesso em: 03 maio 2016.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BÍBLIA SAGRADA. Petrópolis: Vozes, 2005.

BRAUN, Alexandra. Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The "Best Solution" for Europe? **Cambridge Law Journal**, v.70, n.2, p.327-352, jul. 2011.

BRAUNER, Maria Claudia. Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro. **Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida**, v.8, n.3, p.7-14, maio/jun./jul. 2004.

BRUSSELS Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. 27 set. 1968. Disponível em: <<http://goo.gl/WhkXjU>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

BURKE, Peter. Culturas da tradução nos primórdios da Europa Moderna. In. BURKE, Peter; HSIA, R. Po-Chia (Orgs.). **A tradução cultural**. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Unesp, 2009.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

CÂMARA, Bernardo Ribeiro; LOBATO, Thássyla Martins Athayde. **A execução de alimentos no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://goo.gl/lam3YC>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

CÂMARA, Hamilton Quirino. **Falência do incorporador imobiliário**: o caso Encol. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMINHA, Uinie. **Securitização**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPOS, Diogo Leite de; TOMÉ, Maria João Romão Carreiro Vaz. **A propriedade fiduciária (Trust)**: estudo para a sua consagração no direito português. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira: passagem da família tradicional para a família instrumental e solidarista. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Orgs.). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.33-65.

CARVALHO, Gabriel Luiz de. **Sociedade de propósito específico**: natureza e aplicação. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10756/sociedadepropositoespecifico>>. Acesso em: 02 ago. 2016.

CAVALLI, Cássio. **O debate em torno do projeto de Código Comercial**. Disponível em: <<http://goo.gl/aWrp2O>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

CAVICHOLI, Rafael de Sampaio. **Crítica do sujeito de direito**: da filosofia humanista à dogmática contemporânea. 258f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CHADE, Jamil. Cunha se transforma em garoto propaganda em campanha internacional contra a corrupção. **Estadão** (online), 13 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Cbl5Uh>>. Acesso em: 16 set. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. **Trust**: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CHALHUB, Melhim Namem. **Novo CPC poderia reforçar segurança jurídica da afetação patrimonial**. Disponível em: <<http://goo.gl/TcyGxX>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

CHRISTOFOLETTI, Lilian. Polícia da ilha de Jersey diz não poder informar quais os tipos de contas da família Maluf. **Folha de São Paulo** (online), 14 jun. 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/JK9WQ2>>. Acesso em: 15 maio 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLLA, Manuelle Senra. **Novo CPC endurece normas para devedores de alimentos**. Disponível em: <<http://goo.gl/sD97t5>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. **Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law**. Bruxelas, 7 nov. 2001. Disponível em: <<http://goo.gl/PrH3ff>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

CONCEIÇÃO, Jefferson José da. Para entender a crise. In: SISTER, Sérgio (Org.). **O abc da crise**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009. p.17-54.

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance**. 1.º jul. 1985.

CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Consultor Jurídico**, 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/nr5Cty>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida. **Origem da enfiteuse no direito português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1957.

COSTIGAN JR., George P. The classification of trusts as express, resulting, and constructive. **Harvard Law Review**, Cambridge, v.27, n.5, p.437-463, mar. 1914.

COUNCIL Convention on the Accession of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on its Interpretation by the Court of Justice. 9 out.1978. Disponível em: <<http://goo.gl/JgHF2J>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 10.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CUNHA é chamado de "Mr. Trust" em campanha mundial anticorrupção. **Bom Dia Brasil** (online), 14 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/sUg9ai>>. Acesso em: 16 set. 2016.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão; Isabella Soares Micali. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. **Les grands systèmes de droit contemporains**. 11.ed. Paris: Dalloz, 2002.

DE BONI, Luís Alberto; Ockham, Guilherme de. In: BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Dicionário de filosofia do direito**. São Paulo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.615-618.

DELLORE, Luiz. **O que acontece com o devedor de alimentos no Novo CPC?** Disponível em: <<http://goo.gl/s78VBQ>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

DELLORE, Luiz; RANGEL, Rafael Calmon. **Novo CPC**: cabe prisão do devedor de alimentos por ato ilícito? Disponível em: <<http://goo.gl/r2dFcY>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil**: uma primeira reflexão. Disponível em: <<http://goo.gl/tEFaLD>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: execução. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. v.5.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil**: comparativo com o Código de 1973. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DOLINGER, Jacob. **A evolução da ordem pública no direito internacional privado**. Tese (Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1979.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DONLAN, Seán; FARRAN, Sue; ORUCU, Esin. A Study of Mixed legal Systems: Endangered, Entrenched or Blended. **Juris Diversitas**, 2014.

ECO, Umberto. **A busca da língua perfeita na cultura européia**. 2.ed. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2002.

EDUARDO Cunha afirma que não é o dono do dinheiro em contas na Suíça. **Jornal Nacional** (online), 07 nov. 2015. Disponível em: <goo.gl/5e4Ect>. Acesso em: 30 nov. 2015.

EDUARDO Cunha: "Estou absolutamente convicto de que não menti". **Carta Capital** (online), 21 jun. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/zA8vzl>>. Acesso em: 16 set. 2016.

EIZIRIK, Nelson. **O novo Código Comercial e a lei das S/A**. Disponível em: <<http://goo.gl/AgBPgu>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

ESPECIALISTAS manifestam-se contra Código Comercial. **Migalhas**, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/JJ9PSL>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FALBEL, Nachman. **Os espirituais franciscanos**. São Paulo: EDUSP; FAPESP, 1995.

FALCÃO, Márcio; BERGAMO, Mônica. Explicação de Cunha para contas é frágil, dizem investigadores. **Folha de S.Paulo** (online), 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/71k3Mg>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

FÉRES, Marcelo Andrade. As sociedades de propósito específico (SPE) no âmbito das parcerias público-privadas (PPP): algumas observações de direito comercial sobre o art. 9.º da Lei n.º 11.079/2004. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.7, n.75, out./nov. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/ZxOZTh>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

FERREIRA, Vivianne Gerales. Quadro comum de referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do direito? **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n.12, p.501-517, 2008.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Money Laundering Using Trust and Company Service Providers**. FATF Report. Paris: FATF/GAFI, out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/iHP7pN>>. Acesso em: 20 maio 2016.

FOERSTER, Gerd. **O trust do direito anglo-americano e os negócios fiduciários no Brasil**: perspectiva de direito comparado: considerações sobre o acolhimento do "trust" pelo direito brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

FONSECA, Paulo Henrique da. A enfiteuse e função social do solo urbano: a regularização local e popular. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2008. Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

FONSECA, Paulo Henrique da. **Além do feudo e do burgo**: a enfiteuse como instituto mutante, suas possibilidades e limites. 258 f. Tese (Doutorado em Teoria e dogmática do Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A formação da subjetividade jurídica moderna:** notas sobre a constituição de nosso direito. Disponível em: <goo.gl/SSvrP6>. Acesso em: 13 jan. 2016.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Propriedade de lagoas situadas em terrenos particulares. In: BRANDELLI, Leonardo (Coord.). **Direito civil e registro de imóveis**. São Paulo: Método, 2007.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. O "antiprojeto" de novo Código Comercial. **Revista Jurídica Consulex**, v.17, n.400, p.32-37, 15 set. 2013.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Um novo Código Comercial "vai trazer uma insegurança jurídica enorme"**. Disponível em: <<http://goo.gl/4XX4vV>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

FRANCISCO DE ASSIS. In: ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1977.

FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptori. **A tributação dos trusts**. Coimbra: Almedina, 2009.

FURLAN, Mauri. Brevíssima história da teoria da tradução no Ocidente: I. Os Romanos. **Cadernos de Tradução**, Florianópolis, v.2, n.8, p.11-28, jan./jul. 2001.

GALGARO, Fernanda; RAMALHO, Renan; GARCIA, Gustavo. Câmara cassa mandato de Eduardo Cunha por 450 votos a 10. **G1 Política** (online), 12 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/6nmkmn>>. Acesso em: 16 set. 2016.

GAMBARO, Antonio. Trust. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: Sezione civile. 4.ed. Torino: UTET, 1999. v.19. p.449-469.

GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIOVANNI XXII. Disponível em: <<http://w2.vatican.va/content/vatican/it/holy-father/giovanni-xxii.html>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

GLOSSÁRIO das sínteses. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/acquis.html?locale=pt>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

GOMES, Orlando. Clube de estrangeiros. "Trustee". Reforma de estatuto. In: **Questões de direito civil**: pareceres. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.371-376.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19.ed. rev., atual. e aum. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2.ed. Salvador: Martins Fontes, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRADILONE, Cláudio. Sigilo à americana. **IstoÉ Dinheiro** (online), 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/lepq5m>>. Acesso em: 15 maio 2016

GRAZIADEI, Michele. Trusts in Italian Law: A Matter of Property or Obligation? In: **Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998**. Milano: Giuffrè, 1998. p.189-224.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli; Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca; Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

GUERRA, Luiz Antonio. Licitação: direito administrativo, consórcio empresarial e sociedade de propósito específico, proteção e segurança jurídica para o poder público. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.8, n.81, p.47-61, out./nov. 2006.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Statute of the Hague Conference on Private International Law**. Haia: HCCH, 1955.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition**. 1.º jul. 1985.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Launch of the Portuguese version of the Hague Conference website**. 17 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/news-archive/details/?varevent=410>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Information on the Hague Conference on Private International Law** (documento eletrônico). Disponível em: <<https://goo.gl/UC4MR6>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

HANBURY, Harold Greville; MARTIN, Jill E. **Modern Equity**. 17.ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.

HANSMANN, Henry; MATTEI, Ugo. The Functions of Trust Law: a comparative legal and economic analysis. **New York University Law Review**, v.73, p.434-479, May 1998.

HAYTON, David J.; KORTMANN, Sebastianus C. J. J.; VERHAGEN, Hendrik L. E. (Eds.). **Principles of European Trust Law**. Den Haag: Kluwer, 1999.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**: teoria geral do novo direito comercial. 3.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Enfitese: instituto em extinção. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n.21, p.37,47, abr./jul. 1998.

HIRONAKA, Giselda. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Orgs.). **Direito das Famílias por Juristas Brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.17-32.

HORNBY, Albert Sidney. **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**. 7.ed. Oxford: Oxford, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. **Novo código de processo civil comentado**: anotado artigo por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

INFOMONEY. **Imposto sobre herança sobe em quase metade do Brasil**: veja alíquotas. Disponível em: <goo.gl/ksMmTw>. Acesso em: 10 jun. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo Demográfico**. Disponível em: <goo.gl/ugeS93>. Acesso em: 10 de jun. 2016.

ITÁLIA. **Legge 16 ottobre 1989, n.º 364**: Ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata L'Aja il 1.º luglio 1985. Suppl. Ord. alla G. U., n. 261. Disponível em: <http://goo.gl/aZHp2G>. Acesso em: 14 jan. 2016.

JACOMINO, Sérgio. O fideicomisso no projeto do Código Civil. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.44, p.27, maio 1998.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Actes et documents de la quinzisième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, t. II, Trust, loi applicable et reconnaissance. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v.39, n.2, p.502-503, abr./jun. 1987.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985). **Journal du Droit International**, n.1, p.23-65, 1987.

JUSTO, Marcelo. As cinco estratégias favoritas dos ricos para sonegar impostos. **BBC Brasil** (online), 24 maio 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/Q3aMgi>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

KEARNEY, Richard D. The United States and International Cooperation to Unify Private Law. **Cornell International Law Journal**, v.5, n.1, p.4-6, 1972.

KRONBERG, Helcio. **Gestão de patrimônio pessoal**. São Paulo: Hemus, 2002.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da lei 13.146/2015. **Revista Migalhas**, 11. Ago. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/OFmUYu>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Direito das cousas**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908.

LANGBEIN, John H. The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce. **Yale Law Journal**, n.107, p.165-189, 1997.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v.45, n.1, p.1-64, 2004.

LAPORTA, Taís. 20 estados e DF sobem ICMS no país; veja quais impostos aumentaram. **G1**. Disponível em: <goo.gl/QUC9Oz>. Acesso em: 13 jun. 2016.

LE GOFF, Jacques. **Por amor às cidades**: conversações com Jean Lebrun. Tradução de Reginaldo Carmello Corrêa de Moraes. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER JR, Freddie; EHRHARDT JR., Marcos (Org.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1. p.549-570.

LEPAULLE, Pierre. **Les Fonctions du "Trust" et les institutions équivalentes en droit français**. Agen: Impr. moderne, 1929. (Bulletin de la Société de Législation Comparée).

LEPAULLE, Pierre. **Les Eléments essentiels du trust**. Paris: Impr. moderne, 1930.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em: <<http://goo.gl/m1ahGu>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. A extinção da punibilidade na Nova Lei de Repatriação. **Gazeta do Povo** (online), 18 jan. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/5x4Z7Z>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; XAVIER, Luciana Pedroso. O Estatuto de Pessoa com Deficiência e suas repercussões no Direito Penal. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 17 mar. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/78leJN>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

LUPOI, Maurizio. The Hague Convention, the Civil Law and the Italian Experience. **Trust Law International**, v.21, n.2, p.80-89, 2007.

MACHADO, Costa. **Novo CPC**: sintetizado e resumido. São Paulo: Atlas, 2015.

MACQUEEN, Hector L. The Common Frame of Reference in Europe. **Tulane European and Civil Law Forum**, v.25, p.177-195, 2010.

MAINARDI, Diogo. **A queda**: as memórias de um pai em 424 passos. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAITLAND, Frederic William. **Equity, Also, The Forms of Action at Common Law**: Two Courses of Lectures. Editado por A.H. Chaytor e W.J. Whittaker. Cambridge: University Press, 1910.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.2.

MANSO, Joaquín; MARTÍNEZ, Víctor; LEAL, Jose F. El ministro Soria tenía otra sociedad en el paraíso fiscal de Jersey. **El Mundo** (online), 14 abr. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/7pM5nM>>. Acesso em: 15 maio 2016.

MARCHI, Eduardo César Silveira. Interpretação dos negócios jurídicos: a "causa curiana" e o art. 85 do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.648, out. 1989.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 12.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.2.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise da "aclimação" do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n.1, p.30-62, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith H. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.657, p.37-50, jul. 1990.

MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. v.1. p.215-226.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.2. p.599-617.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Direito civil constitucional**: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014. p.51-74.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CORREIA NETO, Jäder de Figueiredo. **Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://goo.gl/dpOVtJ>>. Acesso em: 29 fev. 2016

MENEZES CORDEIRO, António Barreto. **Do Trust no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013.

MORAES, Daniel Carrasqueira. **O SFI**: a securitização como instrument de foment do crédito imobiliário. 147f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.107-150.

MORAIS, Fabíola. **Aproximação do direito contratual dos estados-membros da União Européia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORINEAU, Marta. **Una introducción al common law**. 2.^a reimp. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A quem interessa um novo Código Comercial? **Revista RI**, p.42-46, fev. 2014.

NASCIMENTO, Luciano. Testemunha de Cunha diz que trustee não é conta, mas pode ter uso ilegal. **EBC Agência Brasil**, 17 maio 2016 Disponível em: <<http://goo.gl/QKvX2x>>. Acesso em: 17 maio 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. Usucapião ordinária escritura de doação com cláusula de substituição fideicomissária como justo título para usucapião. Doação *causa mortis*. Insinuação de doação. Registro Imobiliário. **Revista de Direito Privado**, v.2, abr. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Dom Lucas Cardeal Moreira. **Bíblia Sagrada**: matrimônio. 50.ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

NIBOYET, Jean-Paulin. **Notions sommaires de droit international privé en vue de l'examen de licence**. Paris: Recueil Sirey, 1937.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e. **CPC referenciado**: Lei n.º 13.105/2015. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NUNES, Marcio Tadeu Guimarães. **EIRELI - A tutela do patrimônio de afetação**: o reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei n.º 12.441/2011. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

OFFSHORE (paraíso fiscal). In: WIKIPEDIA. Disponível em: <<https://goo.gl/OEe9FK>>. Acesso em: 14 maio 2016.

OLCESE, Tomás. **Formação histórica da real property law inglesa**: tenures, estates, equity & trusts. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2012.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**: herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, trust. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVA, Milena Donato. A proteção dos incapazes e a utilidade da incorporação do trust pelo direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v.102, n.938, p.59-77, dez. 2013.

OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. **Defesa judicial do consumidor bancário**. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

OVERBECK, Alfred E. Explanatory Report by Alfred E. von Overbeck. Tradução de Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau. In: HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Proceedings of the Fifteenth Session (1984)**: Trusts, applicable law and recognition. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.370-415.

OVERBECK, Alfred E. von. Rapport explicative de M. Alfred E. von Overbeck. In: CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Actes et documents de la Quinzième session**: Trust – loi applicable et reconnaissance. Haia: HCCH, 1984. t. II. p.370-415.

PATAULT, Anne-Marie. **Introduction historique au droit des biens**. Paris: Presses Univ. de France, 1989. (Droit fondamental).

PERLMAN, Marcelo; SANCOVSKI, Michel. **Os riscos de um novo Código Comercial**. Disponível em: <<http://goo.gl/rJrj70>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

PENNER, James E. **The law of trusts**. 5.ed. New York: Oxford, 2006. (Core Text Series).

PENTEADO, Claudio Camargo. **Empresas offshore**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Pillares, 2007.

PERRY, Jairus Ware. **A Treatise on the Law of Trusts and Estates**. 4.ed. atual. por Frank Parsons. Boston: Little, Brown & Co., 1889. v.1.

PETTIT, Philip Henry. **Equity and the law of trusts**. 10.ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das coisas**: direitos reais limitados. Enfitese. Servidões. Atualizado por Nelson Nery Júnior e Luciano de Camargo Penteado. São Paulo: RT, 2012. t. 18. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito das sucessões**: sucessão testamentária, disposições testamentárias e formas ordinárias de testamento. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: RT, 2012. v.58. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução**: pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesar Ferreira da Silva. São Paulo: RT, 2012. t. 1. (Coleção Tratado de Direito Privado: parte especial).

POTTER, Harold. **An Historical Introduction to English Law and its institutions**. 3.ed. London: Sweet & Maxwell, Limited Law Publishers, 1948.

RABEL, Ernst. On comparative research in legal history and modern law. **Quarterly Bulletin of the Polish Institute of Arts and Sciences in America**, v.2, n.3, p.1-14, 1944.

RÃO, Vicente; BARRETO, Plínio. Fideicomisso inexistência: cláusula testamentária determinando que a herança dos filhos, por sua morte, passe aos seus legítimos herdeiros – mera vinculação de bens, como tal tendo sido considerado no inventário do testador e de herdeiros seus posteriormente falecidos – reconhecimento daquele instituto que implicaria na modificação de atos judiciais perfeitos e acabados, com desrespeito a coisa julgada formal – atinência necessária do intérprete a vontade do testador – aplicação do artigo 1.666 do Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.186, jul. 1950.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da pessoa jurídica (disregard doctrine). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.410, n.12, dez. 1969.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

REZEK, Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v.41, n.162, p.121-148, abr./jun. 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A fabulosa descoberta de que existe um paraíso dos juristas (parte 1). **Consultor Jurídico**, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/5XbK1B>>. Acesso em: 19 maio 2016

RÓNAI, Paulo. **Babel e antibabel**: ou o problema das línguas universais. São Paulo: Perspectiva, 1970.

ROQUE, Sebastião José. **Discussões sobre o novo Código Comercial ultrapassou sua relevância**. Disponível em: <<http://goo.gl/jFBCW0>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

ROSA NETO, Peregrino Dias. Uma visão crítica da lei de repatriação de divisas. **Gazeta do Povo** (online), 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/QLXZnH>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. **Carta Forense**. Disponível em: <goo.gl/Zven9E>. Acesso em: 03 ago. 2016.

RUHL, J. B. The tale of the fee tail in Downton Abbey. **Vanderbilt Law Review En Banc**, v.68, p.131-141, 2015.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **O Trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996.

SAVATIER, René. **Cours de droit international privé**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

SCHLECTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de tradução de Eduardo Grebler, Vera Fradera e César Guimarães Pereira. São Paulo: RT, 2014.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.71, p.9-33, jul./set. 2009.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Tradução de Renata Maria Pereira Cordeiro. 2.ed. São Paulo: Landy, 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **A enfiteuse**: sua natureza jurídica e seu futuro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

SHARP, Ronald Farrington. **Living trusts for everyone**: why a will is not the way to avoid probate, protect heirs, and settle estates. New York: Allworth Press, 2010.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. O tratamento fiscal do trust em situações internacionais. **Quartier Latin, Revista de Direito Tributário Internacional**, v.1, n.2, p.151-202, 2010.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte II). **Consultor Jurídico**, 7 ago. 2015. Disponível em: <http://goo.gl/zzylSP>. Acesso em: 07 dez. 2015.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Tradução Marcílio Moreira de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SMITH, Lionel. The re-imagined trust. In: **Re-imagining the Trust**. New York: Cambridge, 2012. Edição Kindle.

SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014.

SOUZA, Pedro Paulo de. **Encol**: o sequestro. Goiânia: Bremen, 2010.

STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. **Revista dos Tribunais**, v.75, n.606, p.9-12, abr. 1986.

SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **O Brasil precisa de um novo Código Comercial?** Disponível em: <<http://goo.gl/qR1Ze3>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o Novo CPC. Parte I. **Revista Migalhas**, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/UjdFlo>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das coisas. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v.4.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. 9.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6.

TEPEDINO, Gustavo. O trust no direito brasileiro. In: **Soluções práticas de direito**: pareceres. São Paulo: RT, 2011. v.2.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v.10, p.135-155, 2002.

TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. **Modern Law Review**, London, v. 61, p.12, 1998.

THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. **Browse by country Brazil**. Disponível em: <<https://goo.gl/9998DG>>. Acesso em: 20 maio 2016.

THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. **Offshore Leaks Database**. Disponível em: <<https://goo.gl/lgnHk3>>. Acesso em: 20 maio 2016.

THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. Panama Papers. **The Power Players**. Disponível em: <<https://goo.gl/8UmCGz>>. Acesso em: 20 maio 2016.

THE INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. The Panama Papers. **Politicians Criminals and the Rogue Industry that Hides their Cash**. Disponível em: <<https://goo.gl/YBhbTp>>. Acesso em: 20 maio 2016.

THÉVENOZ, Luc. Les enjeux de la ratification de la Convention de La Haye pour les pays de droit civil. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie**: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise. Paris: Montchrestien, 2005. (Collection Grands Colloques). p.39-62.

TOLEDO, José Roberto de; VENCESLAU, Pedro; BRAMATTI, Daniel; BURGARELLI, Rodrigo; DUARTE, Guilherme. Doria usou offshore para comprar apartamento em Miami, mostram Panama Papers. **O Estado de São Paulo**, 30 abr. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/xT4bXG>>. Acesso em: 03 maio 2016

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TORRES, Heleno Tavares. Trust não pode ser usado para sonegação fiscal. **Consultor Jurídico** (online), 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/SFuaJC>>. Acesso em: 23 dez. 2015.

TOSTES, Ana Paula B. **União Europeia: o poder político do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRANSPARÊNCIA Internacional apelida Eduardo Cunha de 'Mr. Trust'. **O Globo** (online), 13 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/VShChz>>. Acesso em: 16 set. 2016.

TREATY on European Union, Maastricht, 7 fev. 1992. Disponível em: <<http://goo.gl/aDEQzz>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

TRIBUTARISTAS contestam explicações de Cunha sobre contas na Suíça. **Jornal Nacional** (online), 07 nov. 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/QsYDFk>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

TRUST – Natura giuridica – Ente autônomo – Insussistenza - Fattispecie. **Rivista Del Notariato Rassegna Di Diritto e Pratica Notarile**, v.68, p.389-393, 2014.

UNIFORM LAWS COMMISSION. **Uniform Trust Code**. 2000.

VAN LOON, Hans. The Hague Convention of 1st July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition. In: PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise**. Paris: Montchrestien, 2005. (Collection Grands Colloques). p.17-38.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. **O contrato e os direitos reais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VAQUER, Antoni. Preface. In: VAQUER, Antoni (Ed.). **European Private Law Beyond the Common Frame of Reference: Essays in Honour of Reinhard Zimmermann**. Groningen: Europa, 2008. p.iv-ix.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Crítica à concepção do projeto do novo Código Comercial sobre o Direito societário (i)**. Disponível em: <<http://goo.gl/uxO55N>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

VILLATORE, Gustavo Teixeira. **Chegou a hora de um novo Código Comercial brasileiro**. Disponível em: <<http://goo.gl/QLmfUI>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALD, Arnaldo. **Um novo Código Comercial para o Brasil**. Disponível em: <<http://goo.gl/j7h9bt>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

WATSON, Alan. **Legal Transplants: An Approach to Comparative Law**. 2.ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011.

XAVIER, Marília Pedroso. Código europeu de contratos: O suposto retorno ao modelo codificado e as perspectivas para o Brasil e a América Latina. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.615-635.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v.1.

ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Oxford: Clarendon Press, 1998.

DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. **Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR); Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD); Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/LkIVdx>>. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Ministério da Fazenda. **GAFI**. Disponível em: <<http://goo.gl/dJClSk>>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB n.º 1037, de 04 de junho de 2010. Relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002>>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB n.º 1627, de 11 de março de 2016. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=72224>>. Acesso em: 20 maio 2016.

BRASIL. Resolução n.º 9, de 05 de maio de 1992. Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de que trata a alínea a, inciso I, e § 1.º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. Disponível em: <goo.gl/WeaeJm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BRASIL. Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas. **Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado**. 2.ed. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/Iz6pce>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª Seção. **Súmula n.º 313**. Brasília, 25 de maio de 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/qtKAcu>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4.ª Turma. **Embargos de declaração no recurso especial n.º 1281742/SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/fDjOz1>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 169.172/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 10/12/2013. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 5/2/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 974.241/DF**. Relator: Ministra Maria Isabel Galotti. Julgamento: 07/06/2011. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJE 05/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 04 set. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 maio 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, decide STF. **Notícias STF**, Brasília, 9 jun. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/sTHcdQ>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n.º 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <goo.gl/02KzLT>. Acesso em: 02 mar. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ). **Competência**. Disponível em: <goo.gl/ZWNNMf>. Acesso em: 13 jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ). Consórcio Nacional de Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita e Tributação (CONSEFAZ). **Ofício Consefaz n.º 11/15**. Disponível em: <goo.gl/D8HEsX>. Acesso em: 13 jun. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n.º 874.047. Relator: Desembargador Carlos Rodrigues. Brasília, 25 maio 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 jun. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**, Título 11, Capítulo 13 (1984) (document eletrônico). Disponível em: <http://goo.gl/i04KI7>. Acesso em: 23 dez. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Westchester County, Second Judicial Department of the State of New York. Riechers v. Riechers. **New York Supplement, Second Series**, St. Paul, v.679, p.233, 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Federal Trade Commission v. Affordable Media. **Federal Reporter, Third Series**, St. Paul, v.179, p.1.228, 1999.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível n.º 2009.91410262. Relator: Desembargador. Goiânia, 09 jun. 2010. **Diário da Justiça do Estado de Goiás**, Goiânia, 09 jun. 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **AC 1234978-3 - Curitiba**. Relator: Ivanise Maria Tratz Martins. Julgamento: 15/04/2015. Órgão Julgador: 12.ª Câmara Cível. Publicação: DJ: 1552 27/04/2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Prática do tratamento das situações de superendividamento dos consumidores**. Disponível em: <goo.gl/2syZ0w>. Acesso em: 17 jun. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 9174743-94.2004.8.26.0000**. Relator: Fabio Tabosa. Julgamento: 29/11/2011. Órgão Julgador: 2.ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 30/11/2011.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão e Novaes. Empresa individual de responsabilidade limitada (Lei 12.441/2011): anotações. **Revista de Direito Mercantil**, v.163, p.29-56, set./dez. 2012.

AJANI, Gianmaria; SERAFINO, Andrea; TIMOTEO, Marina. **Diritto dell'Asia orientale**. Torino: UTET Giuridica, 2007. (Trattato di diritto comparato).

ALPA, Guido. The Italian interpretation of the code civil and French proposals for recodification. In: FAIRGRIEVE, Duncan (Ed.). **The influence of the French civil code on the common law and beyond**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.195-225.

AMARI, Emerico. **Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate**. Biblioteca di Studi Filosofici: Collana diretta da Girolamo Cotroneo. Rubbettino, 2005. p.xiii-xxviii.

ANCEL, Bertrand. Jurisprudence. **Revue Critique de Droit International Privé**, v.102, n.2, p.397 - 403, abr./jun. 2014.

ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE PER LA RICERCA STORICO-GIURIDICA E COMPARATISTICA. **Traditions savantes et codifications**: Actes VIIème congrès ARISTEC septembre 2005. Paris: [Poitiers]: LGDJ; Université de Poitiers, 2007. (Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales, 19).

ATTWOOLL, Elspeth; COYLE, Sean; ORUCU, Esin. **Studies Legal Systems: Mixed and Mixing**. London: Kluwer Lar International, 1996.

AZEVEDO, Alvaro Villaça. International Homestead (The need for unification). In: **Liber Amicorum Guido Alpa**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.990-999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. L'influence du droit français sur le droit brésilien. In: WALD, Arnoldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Org.). **Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain**. Paris: Editora da Société de Législation Comparée, 2005. p.481-518.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio fiduciário. Frustração da fidúcia pela alienação indevida do bem transmitido. Oponibilidade ao terceiro adquirente dos efeitos da fidúcia germânica e de procuração em causa própria outorgada ao fiduciante. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.107-119.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANAKAS, Stathis. Understanding Trusts: A comparative view of property rights in Europe. **Revista para el Analisis del Derecho**, Barcelona, 323, n.1, p.1-9, fev. 2006.

BANCONE, Vincenzo. **Il trust dalla Convenzione de l'Aja al Draft Common Frame of Reference**. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2012. (Pubblicazioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 120).

BANNER, Stuart. **Legal systems in conflict: property and sovereignty in Missouri, 1750-1860**. Norman: University of Oklahoma Press, 2000. (Legal history of North America, v. 7).

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2.ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARRIÈRE, François. **La réception du trust au travers de la fiducie**. Paris: Litec, 2004.

BEATSON, Jack; ZIMMERMANN, Reinhard. **Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BECKER, Rainer. **Die fiducie von Québec und der trust**: ein Vergleich mit verschiedenen Modellen fiduziarischer Rechtsfiguren im civil law. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, 7).

BERLIOZ, Pierre. L'affectation au coeur du patrimoine. **Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv.)**, n.4, p.635-646, oct./dec. 2011.

BIRKS, Peter. Roman law in Twentieth-century Britain. In: BEATSON, Jack; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). **Jurists uprooted**: German-speaking émigré lawyers in Twentieth-century Britain. New York: Oxford University Press, 2004. p.249-267.

BORDA, Guillermo A. **Derecho civil**: parte general. Buenos Aires: Perrot, 1953.

BRAUN, Alexandra. **Giudici e Accademia nell'esperienza inglese**: storia di un dialogo. Istituto italiano di scienze umane. Bologna: Il Mulino, 2006.

BRAUN, Alexandra. Formal and informal testamentary promises: a historical and comparative perspective. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, v.76, p.994-1021, 2012.

BRILL, Jean-Pierre; GOYET, Charles; RIASSETTO, Isabelle; RONTCHEVSKY, Nicolas; STORCK, Jean-Patrice; STORCK, Michel; WITZ, Claude (Org.). **Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt: liber amicorum**. Paris: Joly, 2005.

BRUNEAU, Diane. Jurisprudence 2013 - Fiscalité et fiducie. **La Revue du Notariat**, v.116, n.1, p.142-151, 2014.

BRUSCHI, Marc. Pas de patrimoine affecté sans personne physique titulaire: Le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. In: CHÉROT, Jean-Yves; CINAMONTI, Sylvie; TRANCHANT, Laetitia; TRÉMEAU, Jérôme (Orgs.). **Le droit, entre autonomie et ouverture**: mélanges em l'honneur de Jean-Louis Bergel. Bruxelles: Bruylant (Penser le droit) 2013. Chapitre III. p.587-596. (Collection Penser le Droit, v.20).

BULLO, Lorenza. Separazioni patrimoniali e trascrizione: nuove sfide per la pubblicità immobiliare. Padova, 2012. **Rivista di Diritto Civile**, Milano, v.60, n.5, 2014.

BUSKENS, Vincent. **Between Hobbes' Leviathan and Smith's invisible hand**: empirical and interdisciplinary legal research on formal and informal institutions in trust relations. The Hague: Eleven International Publishing, 2011. (Civilogie).

CALÒ, Emanuele. **Dal probate al family trust**: riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano. Milano: Giuffrè, 1996. (Problemi di diritto comparato, 1).

CAMPOS, Diogo Leite de. O direito do NÓS. **Lawinter Review**, New York , v.1,n.1, p.5-30, 2010.

CAMPOS, Diogo Leite de; PATO, António Calisto. A Tributação dos "Trusts". **Nota Informativa: Questões Fiscais da Globalização IV**, Lisboa, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://goo.gl/bHHFRs>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

CANE, Peter; CONAGHAN, Joanne. **The New Oxford Companion to Law**. New York: Oxford, 2008.

CAPELOTTI, João Paulo. Dano à incolumidade psicológica do passageiro: Comentários ao REsp 1.231.240. **Revista dos Tribunais**, v.929, n.102, p.585-601, mar. 2013.

CARVALHO, Maria Serina Areais de. **Propriedade fiduciária: bens móveis e imóveis**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CATERINA, Raffaele. Comparative law and economics In: **Elgar encyclopedia of comparative law, second edition**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.191-207.

CENTRE D'ÉTUDES JURIDIQUES FRANÇAISES UNIVERSITÉ DE LA SARRE. **La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens: Allemagne, Angleterre, Liechtenstein, Luxembourg, Suisse**. [s.l.]: GLN Éditions, 1991. (Bulletin Joly, 4 bis).

CERVALE, Maria Cristina. La proprietà "plurale". In: PERLINGIERI, Pietro (Dir.). **Rassegna di diritto civile**. Napoli: Edizioni Scietifiche Italiane, 2014. v.2. p.358-387.

CHANOCK, Martin. **The making of South African legal culture, 1902-1936: fear, favour, and prejudice**. Cambridg, New York: Cambridge University Press, 2001.

CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet Elizabeth; INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW (Orgs.). **Common law, civil law and the future of categories**. Proceedings of a conference of the International Association of Procedural Law held in Toronto, June 3 - 5, 2009. Markham, Ontario: LexisNexis, 2010.

CLARK, David S.; HALEY, John O.; Merryman, John Henry. **The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia**. Virginia: The Michie Company, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COLAIORI, Roberta. La Destinazione Intrasogettiva di Beni Immobili Nel Sistema Dei Fondi Comuni D'Investimento. **Rivista del notariato Rassegna Di Diritto e Pratica Notarile**, v.68, p.11-31, 2014.

COMISSÃO DE JURISTAS DO SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Código Comercial**. Disponível em: <<http://goo.gl/SV6Vsi>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

CORNU, Marie; FROMAGEAU, Jérôme (Orgs.). **Fondation et trust dans la protection du patrimoine: en droit français et droit comparé**. Paris: L'Harmattan, 1999. (Droit du patrimoine culturel et naturel).

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; RAMOS, André Luiz Arnt. Liberdade testamentária versus sucessão forçada: anotações preliminares sobre o direito sucessório brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**, n. 4, Cascavel, p. 41-74, maio 2015.

D'AMICO, Giovanni. La proprietà "destinata". **Rivista di Diritto Civile**, v.60, n.3, p.525-546, mar. 2014.

DAVID, René. Le droit brésilien jusqu'en 1950. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Org.). **Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain**. Paris: Editora da Société de Législation Comparée, 2005. p.25-182.

DE POVER, Marie-France. **Trust - fiducie**: administratiekantoor, fondation du Liechtenstein. Bruxelles: De Boeck & Larcier, 2001.

DEBRUCHE, Anne-Françoise; RENTERIA, Pablo; TEPEDINO, Gustavo. Le droit des biens entre équité et justice sociale: instruments de régularisation foncière au Canada et au Brésil. **Revue de Droit International et de Droit Compare**, n.1, p.7-63, 2014.

DELWAIDE, Leo. Considérations sur le caractère réel de la responsabilité du propriétaire de navire. In: **Liber Amicorum R. Roland**. Brussel: De Boeck & Larcier, 2003. p.107-258.

DIETZ, Herausgegeben Von Rolf. **Festschrift fur Han Carl Nipperdey**. Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965.

DIURNI, Amalia (Org.). **Percorsi mondiali di diritto privato e comparato**. Milano: Giuffrè, 2008.

DIURNI, Amalia; HENRICH, Dieter. **Percorsi europei di diritto privato e comparato**. Milano: Giuffrè, 2006.

DOMINGUES, Nereu. O milagre do Trust. **DMGSA** (online), 23 novembro 2015. Disponível em: <<http://dmgsa.com.br/newsletter/o-milagre-do-trust/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

DOTT, Giudice; MORLINI, G. Trust. **Rivista del Notariato – Rassegna di Giurisprudenza**, v.68, p.389-393, mar./abr. 2014.

DU PLESSIS, Jacques E.; KOK, L. **An elementary introduction to the study of South African law**: a guide for beginners. 2.ed. Cape Town: Juta & CO LTD, 1989.

DU PLESSIS, Jacques E.; VAN DER MERWE, C.G. **Introduction to the Law of South Africa**. Netherlands: Kluwer Law International, 2004.

DUARTE, Rui Pinto. Uma introdução ao direito comparado. **Revista O Direito**, v.138, n.4, p.768-792, 2006.

DUNAND, Jean-Philippe; THÉVENOZ, Luc. **La fiducie**: droit des biens ou droit des obligations? Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé. Swiss Reports Presented at the XVth International Congress of comparative Law. Bristol: Schulthess Polygraphischer, 1998.

ECONOMIST, The. **Mistrust the trust**. 9 nov. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/3bRfaJ>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Coimbra: Centelha, 1976.

EDWARD, A. B. **The history of South African Law**. Virginia: Michie Butterworth, 1996.

ERREYGERS, Guido. Views on inheritance in the history of economic thought. In: ERREYGERS, Guido; VANDEVELDE, Toon (Orgs.). **Is inheritance legitimate?** Ethical and economic aspects of wealth transfers. Heidelberg: Springer-Verlag Berlin, 1997. p.16 - 49.

ERREYGERS, Guido; VANDEVELDE, Toon. **Is Inheritance Legitimate?** Heidelberg: Springer-Verlag, 1997.

EVANS-JONES, Robin; STAIR SOCIETY (Orgs.). **The Civil law tradition in Scotland**. Edinburgh: Stair Society, 1995. (Supplementary volumes / Stair Society, 2).

FARNSWORTH, Allan E. **The Concept of Good Faith in American Law**. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Les leçons d'un bicentenaire. In: FAIRGRIEVE, Duncan (Ed.). **The influence of the French civil code on the common law and beyond**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.71 - 88.

FERRI, Giovanni B. L'avant-projet dell'Associazione Heinri Capitant Pour une Réforme du Droit des biens e L'attualità del "Modello" codice civile. **Rivista del Diritto Commerciale, e Del Diritto Generale Delle Obbligazioni**, n.3, p.537-570, 2011.

FONDATION POUR L'ÉTUDE DU DROIT ET DES USAGES DU COMMERCE INTERNATIONAL; UNIVERSITÄT DES SAARLANDES. **Les Opérations fiduciaires**: (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international): colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984. Paris: FEDUCI/L.G.D.J, 1985.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Ineficácia das cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.11, n.43, p.316-324, jul./set. 2002.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS)**, Porto Alegre, v.1, p.125-140, nov. 2003.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. O direito dos contratos no século XXI: A construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.547-570.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos no Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.569-582.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Brazil. In: BERMANN, George A. (Org). **Party Autonomy: Constitutional and International Law Limits in Comparative Perspective - Reports on the XVIth Quadrennial Congress of Comparative Law**, Brisbane, Australia. New York: Juris Publishing, Inc. 2005. p.97-109.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. La partie générale du Code Civil Brésilien. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Org.). **Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain**. Paris: Editora da Société de Législation Comparée, 2005. p.203-222.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. ¿Puede el acreedor ser instado a disminuir el propio perjuicio? **Revista Nova Tesis**, v.7, p.3-11, out. 2006.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Liber amicorum Arnaldo Wald. In: CAMPOS, Diogo Leite de; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Estudos de homenagem ao Professor Arnaldo Wald**: a evolução do direito no século XXI. Coimbra: Almedina, 2007. p.577-607.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A arbitragem internacional. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca. (Coord). **Arbitragem no Brasil**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.468-485.

FRADERA, Véra Maria Jacob de; SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito da concorrência, as estruturas (Droit de la concurrence, les structures). **Revue Internationale de Droit Comparé**, v.59, n.4, p.964-968, 2007.

FREIRE E ALMEIDA, Verônica Scriptor. Poderes, Deveres e Responsabilidades do Trustee na Administração dos Trusts. **Lawinter Review**, v.1, n.1, p.31-97, 2010.

GABRIELLI, Giovanni; PATTI, Salvatore; ZACCARIA, Alessio (Orgs.). **Liber amicorum per Dieter Henrich**: famiglia e successioni. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. (Studi di diritto privato).

GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**. 2.ed. Padova: CEDAM, 2010.

GAMBARO, Antonio. Trust in Continental Europe. In: **Aequitas ans Equity**: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Jerusalem: Hamaccabi Press, 1997. p.777-792.

GAMBARO, Antonio; MATTEI, Ugo. Property law. In: LENA, Jeffrey S.; MATTEI, Ugo (Orgs.). **Introduction to Italian law**. New York: Kluwer law international, 2002. Chapter eleven.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. **Le droit de l'occident et d'ailleurs**. Lextenso éditions, 2011.

GARRO, Alejandro M. **Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina**: esfuerzos, tendencias y realidades. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1992.

GENTILI, Aurelio. Deposito Del Prezzo e Separazione Patrimoniale. **Rivista del Notariato Rassegna Di Diritto e Pratica Notarile**, v.68, p.669-677, 2014.

GILLESE, Eileen E. **The law of trusts**. 3.ed. Toronto: Irwin Law, 2014.

GINOCCHI, David; INSTITUT D'ÉTUDES DE DROIT PUBLIC; FACULTÉ DE DROIT JEAN MONNET (UNIVERSITÉ PARIS-SUD) (Orgs.). **Les modèles juridiques français et américains: influences croisées**: actes de la deuxième Journée d'études de l'Institut d'études de droit public (I.E.D.P.), 28 novembre 2008. Paris: L'Harmattan, 2009. (Presses universitaires de Sceaux).

GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world**: sustainable diversity in law. Fifth edition. Oxford, United Kingdom; New York, NY: Oxford University Press, 2014.

GLENN, H. Patrick. **On common laws**. Oxford; New York: Oxford University Press, 2005.

GLENN, H. Patrick. The historical Origins of the Trust. In: **Aequitas ans Equity**: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Jerusalem: Hamaccabi Press, 1997, p.749-776.

GOODE, Roy. **The Concept of "Good Faith" in English Law**. Roma: Centro di Studi e di Diritto Comparato e Straniero, 1992.

GORDLEY, James; MEHREN, Arthur Taylor Von. **An introduction to the comparative study of private law**. Cambridge University Press, 2005.

GORDON, William M. **Roman Law, Scots Law and Legal History**. Endinburgh: Endinburgh University Press, 2007.

GRAZIADEI, Michele; MATTEI, Ugo; SMITH, Lionel D. (Orgs.). **Commercial trusts in European private law**. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press, 2005. (Common Core of European Private Law).

GRETTON, George Lidderdale; REID, Kenneth G. C. **Conveyancing**. 2.ed. Edinburgh: W. Green [u.a.], 1999.

GRETTON, George. Ownership and its Objects. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, v.71, p.803-851, 2007.

GRETTON, George; STEVEN, Andrew J. M. **Property, Trusts and Succession**. 2.ed. Bloomsbury Publishing Plc, 2013.

HALL, Kermit L.; CLARK, David Scott (Orgs.). **The Oxford companion to American law**. New York: Oxford University Press, 2002.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours**. Paris: Flammarion, 2004.

HAMZA, Gábor. **Le développement du droit privé européen**: le rôle de la tradition romaniste dans la formation du droit privé moderne. Budapest: L'Université Eötvös Loránd, Faculté de Droit, 2005. (Bibliothèque Iuridica, 11).

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and The Divisibility of Rights. **The Journal of Legal Studies**, v.31, p.373-420, 2002.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. **The Yale Law Journal**, v.110, p.387-440, 2000.

HARTKAMP, Arthur et al. **Towards a European Civil Code**. Kluwer Law International PO Box 316 2400 AH Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.

HAYTON, David J. (Org.). **European succession laws**. 2.ed. Bristol: Jordans, 2002.

HAYTON, David J.; MATTHEWS, Paul; UNDERHILL, Arthur Sir (Orgs.). **Underhill and Hayton: law relating to trusts and trustees**. 17.ed. London: LexisNexis/Butterworths, 2007.

HAYTON, David J.; MITCHELL, Charles. **Commentary and cases on the law of trusts and equitable remedies**. London: Sweet & Maxwell, 2005.

HERMAN, Shael. Louisiana: one off among 50 states. In: FAIRGRIEVE, Duncan (Ed.). **The influence of the French civil code on the common law and beyond**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.115 - 124.

HO, Lusina; LEE, Rebecca (Orgs.). **Trust law in Asian civil law jurisdictions: a comparative analysis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HONDIUS, Ewoud Herman; ADAMS, Maurice; INTERNATIONAL ACADEMY OF COMPARATIVE LAW (Orgs.). **Precedent and the law: reports to the XVIIth Congress, International Academy of Comparative Law, Utrecht, 16 - 22 July 2006**. Bruxelles: Bruylant, 2007.

HONORÉ, Tony. Obstacles to the Reception of Trust Law? In: **Aequitas ans Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions**. Jerusalem: Hamaccabi Press, 1997. p.749-776.

INSTITUT D'ÉTUDES DE DROIT PUBLIC; GINOCCHI, David; FACULTÉ DE DROIT JEAN MONNET (UNIVERSITÉ PARIS-SUD) (Orgs.). **Les modèles juridiques français et américains: influences croisées**: actes de la deuxième Journée d'études de l'Institut d'études de droit public (I.E.D.P.), 28 novembre 2008. Paris: L'Harmattan, 2009. (Presses universitaires de Sceaux).

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (Org.). **Impérialisme et chauvinisme juridiques**: rapports présentés au colloque à l'occasion du 20e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé = Imperialism and chauvinism in the law: reports presented to a colloquium on the occasion of the 20th anniversary of the Swiss Institute of Comparative Law. Zurich: Schulthess, 2004. (Publications de l'Institut suisse de droit comparé = Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung = Pubblicazioni dell'Istituto svizzero di diritto comparato = Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, 48).

INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW; CANTIN CUMYN, Madeleine (Orgs.). **La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires**: XVe Congrès international de droit comparé, Bristol, Angleterre, juillet 1998 = Trust vs fiducie in a business context. Bruxelles: Bruylant, 1999.

IUDICA, Giovanni; Zatti, Paolo. **Vincenzo Roppo**: Il Contratto. Trattato di Diritto Privato. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 2011. p.637-646.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Vers Une Convergence du Droit Français et Du Droit Allemand? In: **Liber Amicorum Guido Alpa**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.895 - 910.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille; WALD, Arnaldo. Le droit brésilien, cet inconnu. In: **Le Droit Brésilien, Cet Inconnu**: D'hier, D'aujourd'Hui et de Demain. Paris: Institut Brésilien de Droit Comparé société de législation comparée, 2005. p.17-22.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Marco Antonio. **Estudios sobre el fideicomiso**. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2007.

JUENGER, Friedrich K. **The problem with Private International Law**. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1999.

JUNG, Peter; LAMPRECHT, Philipp; BLASEK, Katrin *et al.* **Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht**: Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

KALUS, Stanisława; HABDAS, Magdalena; WUDARSKI, Arkadiusz (Orgs.). **Ius est ars boni et aequi**: Festschrift für Stanisława Kalus. Frankfurt am Main; New York: Peter Lang, 2010.

KOHEN, Marcelo G.; BENTOLILA, Dolores (Orgs.). **Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet**: le droit des rapports internationaux économiques et privés. Paris: LexisNexis, 2013.

KOPPEL, Anna; MATTAR, Mohamed; PALMER, Veron. **Mixed Legal Systems East and West**. Ashgate: Juris Diversitas, 2015.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LAMÈTHE, Didier. Le droit brésilien: un mortier d'une diversité. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Org.). **Le droit brésilien**: d'hier, d'aujourd'hui et de demain. Paris: Société de Législation Comparée, 2005. p.519-523.

LANGBEIN, John H. Essays Mandatory Rules in The Law of Trusts. **Northwestern University Law Review**, v.98, n.3, p.1105-1127, 2004.

LAPUENTE, Sergio Cámara. Trust a la francesa. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, v.2, p.3-41, maio 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. CANEZIN, Claudete (Org.). **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004. v.1. p.277-291.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 42, p.133-152, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Pessoa Jurídica: por que reler a obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira hoje? Monografia vencedora do Concurso de Monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de.

Concurso de monografias Prêmio José Lamartine Corrêa de Oliveira. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2005. p.1-41.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; CORTIANO JUNIOR, Eroulths; FACHIN, Luiz Edson; SWANIAWSKI, Elimar; GEDIEL, José Antônio Peres; NALIN, Paulo Roberto Ribeiro; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica na UFPR: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada. In: KROETZ, Maria Cândida Pires Vieira do Amaral (Org.). **Direito civil: inventário teórico de um século.** Curitiba: Kairós, 2012. v..1. p.75-96.

LEPAULLE, Pierre. The function of comparative law: with a Critique of Sociological Jurisprudence. **Harvard Law Review**, v.35, p.838-858, 1921.

LUNDMARK, Thomas. **Charting the Divide between Common and Civil law.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

LUPOI, Maurizio. **Trust Laws of the World:** A collection of original texts. Rome: Il Fisco, 1996.

LUPOI, Maurizio. **The origins of the European legal order.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MACQUEEN, Hector L.; WILSON, William Adam (Orgs.). **Scots law into the 21st century:** essays in honour of W. A. Wilson. Edinburgh: W. Green/Sweet & Maxwell, 1996.

MADDEN, Michael. **Global Legal Insights - Litigation & Dispute Resolution.** London: Global Legal Group Ltd, 2014.

MAITLAND, Frederic William. **State, trust and Corporation.** David Runciman e Magnus Ryan (Eds.). Cambridge: Cambridge, 2003. Edição Kindle.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O projeto do CPC:** críticas e propostas. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIN, Jill E.; HANBURY, Harold Greville. **Modern equity.** 18.ed. London: Sweet & Maxwell, 2009.

MATRAVERS, Lord Phillips of Worth. The civil code and the common law. In: FAIRGRIEVE, Duncan (Org.). **The Influence of the FRENCH CIVIL CODE on the Common Law and Beyond.** London: British Institute of international and Comparative Law, 2007. p.23-30.

MATTEI, Ugo A.; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio. **Comparative Law.** New York: Foundation Press, 2009.

MATTEI, Ugo. **I diritti reali.** Torino: UTET, 2001. (Trattato di Diritto Civile).

MATTEI, Ugo. **Introduction to Italian Law.** New York: Kluwer Law International, 2002.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean. Fifteen Lesson: patrimony and the other universalities of rights. **Revue de Droit Henri Capitant**, n.2, maio 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENGONI, Luigi. **L'Europa dei codici o un condice per l'Europa?** Roma: Centro di di diritto, 1993.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MESQUITA, Igor Nunes. **Do negócio fiduciário *stricto sensu***. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009

MILO, J. Michael; SMITS, Jan M. (Orgs.). **Trusts in mixed legal systems**. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2001. (Ars Aequi Cahiers Privaatrecht, 12).

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONATERI, Pier Giuseppe; GIARO, Tomasz; SOMMA, Alessandro. **Le radici comuni del diritto europeo**: un cambiamento di prospettiva. Roma: Carocci, 2005. (Studi Superiori; Studi Giuridici, 490).

MONATERI, Pier Giuseppe (Org.). **Methods of comparative law**. Cheltenham, U.K.; Northampton, MA: Edward Elgar Pub, 2012. (Research Handbooks in Comparative Law).

MONEGAT, Mariagrazia; CIRLA, Augusto. **Compravendita immobiliare**. Milano: Ipsoa, 2010.

NELKEN, David; ORUCU, Esin. **Comparative Law**: a handbook. Portland: Hart Publishing, 2007. 169-238.

OAKLEY, A. J.; PARKER, David B.; MELLOWS, Anthony R. **Parker and Mellows**: the modern law of trusts. 9.ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.

OBERTO, Giacomo. **Famiglia e patrimonio**: rapporti patrimoniali fra coniugi e conviventi dalla conoscenza, al matrimonio, alla separazione e divorzio, alla morte. [Milanofiori Assago] (Milano); [Padova]: Wolters Kluwer; CEDAM, 2014.

OLIVIER, Alfred. **Louisiana and Quebec**: Bilateral relations and Comparative Sociopolitical Evolution, 1673-1993. Lanham: University Press of America, 1995.

ÖRÜCÜ, Esin. **The enigma of comparative law**: variations on a theme for the twenty-first century. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

PALMER, Vernon Valentine. **Through the codes darkly**: slave law and civil law in Louisiana. Clark, N. J: The Lawbook Exchange, 2012.

PALMER, Vernon Valentine; REID, Elspeth (Orgs.). **Mixed jurisdictions compared**: private law in Louisiana and Scotland. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009. (Edinburgh studies in law, v.6).

PALMER, Vernon Valentine. **The Louisiana Civilian Experience**. Durham: Carolina Academic Press, 2004. p.51-100.

PATRÃO, Afonso. Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v.87, p.357–427, 2011.

PEARCE, Nasreen. The Inheritance and Trustees' Powers Act 2014: Changes to intestacy rules and claims for Family provision on death. **Family Law**, v. 44, p.1591-1593, 2014.

PÉDAMON, Michel. Le code civil et la doctrine juridique allemande du XIX siècle. In: FAIRGRIEVE, Duncan (Ed). **The influence of the French civil code on the common law and beyond**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007. p.175-194.

PENNER, James E. **The law of trusts**. 9.ed.. New York: Oxford, 2014. (Core Text Series).

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2.ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; WARDE JR., Walfrido Jorge. A sucessão *mortis causa* no âmbito da Eireli. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v.51, n.161/162, p.162 - 168, jan./ago. 2012.

PERONI, Giulio. **La norma di cui all' art. 2645-TER**: nuovi spunti di riflessione in tema di trust. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

PETIT, Carlos. Juristas e paixões: motivos de um encontro. In: PETIT, Carlos. **Paixões de um jurista**: Amor, memória, melancolia, imaginação. Curitiba: Juruá, 2011. p.11-24.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Validade. Nulidade. Anulabilidade. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012. t. 4.

PRUM, André; WITZ, Claude (Orgs.). **Trust et fiducie**: la convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise. Paris: Montchrestien, 2005. (Collection Grands Colloques).

RABBAN, David M. **Law's history**: American legal thought and the transatlantic turn to history. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. (Cambridge Historical Studies in American Law and Society).

RABELLO, Alfredo Mordechai. **Aequitas and Equity**: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Jerusalem: Hamaccabi Press, 1997.

REID, Kenneth G. C.; GRETTON, George Lidderdale (Orgs.). **The law of property in Scotland**. Edinburgh: The Law Soc. of Scotland Butterworths, 1996.

REID, Kenneth G. C.; WAAL, Marius Johannes de; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). **Exploring the law of succession**: studies national, historical and comparative. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007. (Edinburgh Studies in Law, v.5).

REID, Kenneth. **The abolition of feudal tenure in Scotland**. London: LexisNexis UK, 2003.

REID, Kenneth; DE WAAL, M. J.; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). **Testamentary formalities**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2011. (Comparative Succession Law, v.1).

REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

RHEINSTEIN, Max. **Gesammelte Schriften**. Tübingen: Mohr, 1979. (Collected Works).

RILES, Annelise (Org.). **Rethinking the masters of comparative law**. Oxford, Portland, Or: Hart Pub, 2001.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). **Revista dos Tribunais**, v.99, n.891, p.65-106, jan. 2010.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 2011. (Trattato di Diritto Privato).

ROTH, Philip. **Patrimônio**: uma história real. Tradução de Jorio Dauster. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SALEILLES, Raymond. **De la Personnalité juridique**: Histoire et théories. 2.ed. Paris: Rousseau & Co., 1922.

SANTISTEBAN, Sonia Martín. La figura del trust en los Estados Unidos de América. **Revista para el Análisis del Derecho (InDret)**, n.2, p.4-34, abr. 2008.

SANTOS, Raquel do Amaral de Oliveira. **Trust**: das origens à aceitação pelos países de direito romano-germânico, 220f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP Faculdade de Direito, São Paulo, 2009.

SAVATIER, René. **Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. troisième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1964. (Panorama des Mutations).

SCHAUER, Frederick F. **The force of law**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

SCHLECHTRIEM, Peter. **Good Faith in German Law and in International Uniform Laws**. Roma: Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 1997.

SCHLESINGER, Rudolf B. **The common core of legal systems**: An Emerging Subject of Comparative Study. XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema. Leyden: A. W. Sijthoff, 1961, p. 65-79.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia "existência, validade e eficácia do negócio jurídico". **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, v.3, n.5, p.135-158, jan./abr. 2014.

SCHREINER, Oliver D. **The Contribution of English law to South African law; and the rule of law in South Africa**. London: Juta & CO LTD, 1967.

SCHWARCZ, Steven. Commercial Trusts as Business Organizations: An Invitation to Comparatists. **Duke Journal of comparative & International Law**, v.13, p.321-336, 2003.

SEMAINE INTERNATIONALE DE DROIT. **Travaux de la Semaine Internationale de Droit Paris**. Paris: Sirey, 1937.

SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SILVA-RUIZ, Pedro F. Trust in a Mixed System: The case of Puerto Rico. In: **Aequitas ans Equity**: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Jerusalem: Hamaccabi Press, 1997. p.819-837.

SITKOFF, Robert H. Trust as "Uncorporation" a Research Agenda. **University of Illinois Law Review**, v.31 v.2005, p.31-48, 2005.

SMITH, Beverly G. **Introduction to the Canadian law of trusts**. Toronto: Butterworths, 1979. (Butterworths basic text series).

SMITH, Lionel (Org.). **Re-imagining the trust**: trusts in civil law. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2012.

SMITH, Lionel (Org.). **Trust and Patrimony**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 20.

SMITS, Jan M.; EDWARD ELGAR PUBLISHING (Orgs.). **Elgar encyclopedia of comparative law**. 2.ed. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2012.

SONNEVELDT, Frans. **The trust**. The Trust Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdiction? Boston: Kluwer Law and Taxaon Publisher, 1992.

SONNEVELDT, Frans. **Trusts and tax consequences in the United Kingdom**: The Trust Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdiction? Boston: Kluwer Law and Taxaon Publisher, 1992.

SPRUIT, J. E.; KAMBA, Walter; HINZ, Manfred O. (Orgs.). **Roman law at the crossroads**: papers of the congress organized by the Department of Roman Law of the University of Utrecht and Faculty of Law of the University of Namibia, Windhoek, 30 June-1 July 1997. Kenwyn: Juta & CO LTD, 2000.

STĘPKOWSKI, Aleksander. **L'institution du trust dans le système mixte du droit privé écossais**. Varsovie: Liber, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. O Trust no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais** (online), v.2, nov. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: VENOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Orgs.). **Dez anos do Código Civil**: desafios e perspectivas, São Paulo: Atlas, 2012. p.1-30.

TEY, Tsun Hang; NATIONAL UNIVERSITY OF SINGAPORE; CENTRE FOR COMMERCIAL LAW STUDIES. **Trusts credit security and trading**. Singapore: Centre for Commercial Law Studies, Faculty of Law, National University of Singapore, 2010.

TEY, Tsun Hang; NATIONAL UNIVERSITY OF SINGAPORE; CENTRE FOR COMMERCIAL LAW STUDIES. **Trusts and asset protection**. Singapore: Centre for Commercial Law Studies, Faculty of Law, National University of Singapore, 2010

THÉVENOZ, Luc; DUNAND, Jean-Philippe. La fiducie: droit des biens ou droit des obligations? In: **Rapports suisses présentés au XVème Congrès international de droit comparé**. Bristol, 27 juillet au 1 août 1998. Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1998.

TORRENT, Armando. **Manual de Derecho Privado Romano**. Zaragoza: Edisofer, 2002.

VALLADÃO, Haroldo. **Enfim... Fideicomisso!**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1942.

VALLADÃO, Haroldo. Le droit comparé au Brésil la vision de 1950. In: WALD, Arnoldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Org.). **Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain**. Paris: Editora da Société de Législation Comparée, 2005. p.467-479.

VANDEVELDE, Toon. Inheritance taxation, equal opportunities and the desire of immortality. In: ERREYGER, Guido; VANDEVELDE, Toon (Orgs.). **Is inheritance legitimate?** Ethical and economic aspects of wealth transfers. Heidelberg: Springer-Verlag Berlin, 1997. Chapter 1. p.1-15.

VAQUER I ALOY, Antoni (Org.). **European private law beyond the common frame of reference**: essays in honour of Reinhard Zimmermann. Groningen: Europa Law Pub, 2008. (European Studies in Private Law, v.3).

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. **Le droit privé européen**: actes du colloque organisé à Reims sous les auspices du Centre de recherche en droit des affaires, Université de Reims Champagne-Ardenne, les 30 janvier et 1er février 1997 sous le titre "Un droit privé pour l'Union européenne?". Paris: Economica, 1998. (Collection Etudes juridiques, 1).

VEIGA, Alexandre Brandão da. Três problemas dogmáticos dos fundos de investimento. **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, n.8, p.1-7, ago. 2000.

VERDE, Camillo. Cartolarizzazione, patrimônio separado e limiti alle garanzie per gli investitori. **Rassegna di Diritto Civile**, v.2, p.485-799, 2014.

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado**. 3 ed., ver. e atual. Coimbra: Almedina, 2014.

VICENTE, Dário Moura. **Introdução, sistemas jurídicos em geral**. 3.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2014. (Direito Comparado).

VICENTE, Dário Moura. **O direito comparado após a reforma de Bolonha**: relatório. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris, 2007.

VILELLA, João Batista. Código Civil: o regime das universalidades e o *sguardo unitario* de Barbero. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos controvertidos no Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.371 - 379.

VILLELA FILHO, Gustavo Alberto. O Trust Brasileiro. **Villela e Kraemer Advogados**, 20 nov. 2006. Disponível em: <<http://goo.gl/7pNJ9P>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

VISSER, Daniel; ZIMMERMANN, Reinhard. **Southern Cross**: Civil Law and Common Law in South Africa. Oxford: Clarendon Press, 1996. p.1-30; 849-872.

WAAL, Marius J. The abuse of the Trust (or: "Going Behind the Trust Form"). Hamburg: Mohr Siebeck. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, v.76, p.1078-1100, 2012.

WAAL, Marius. J. de; PAISLEY, Roderick. R. M. Trusts. In: ZIMMERMANN, Reinhard; VISSER, Daniel; REID, Kenneth (Orgs.). **Mixed legal systems in comparative perspective**: property and obligations in Scotland and South Africa. New York: Oxford University Press, 2004. p.819-848.

WALD, Arnaldo. Le droit comparé au Brésil: la vision de 2000. In: WALD, Arnaldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (Org.). **Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain**. Paris: Editora da Société de Législation Comparée, 2005. p.481-518.

WALKER, David M. **The Oxford companion to law**. Oxford: Clarendon Press, 1980.

WATSON, George. **Bell's dictionary and digest of the Law of Scotland**. Edinburgh: Edinburgh Legal Education Trust, 2012.

WHITEHOUSE, Christopher; KING, L. C. **A modern approach to wills, administration and estate planning (with precedents)**. Bristol: Jordans, 2011.

WITZ, Claude. **La fiducie en droit privé français**. Paris: Economica, 1980.

WITZ, Claude. **Le droit allemand**. 2.ed. Paris: Dalloz, 2013.

WITZ, Claude; RANIERI, Filippo (Orgs.). **La réforme du droit allemand des obligations**: colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects. Paris: Société de Législation Comparée, 2004.

WOLFF, Josef. **Trust, Fiducia und fiduziarische Treuhand**: historisch-rechtsvergleichende Untersuchung mit einer Darstellung des Trust in Schottland sowie des römischen und österreichischen Fideikommiss. Frankfurt am Main: Lang, 2005. (Salzburger Studien zum Europäischen Privatrecht, Bd. 17).

YORAN, Aharon. Tax Implications of "Unrecognized" Cross Border Trusts. In: **Aequitas ans Equity**: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Jerusalem: Hamaccabi Press, 1997. p.838-844.

ZÉNATI-CASTAING, Frédéric. Entre Trust et Fiducie: Le malentendu Québécois. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v.1, n.67e anné, p.23-43, 2015.

ZIMMERMANN, Reinhard. Text and Context – Introduction to The Symposium on The Process of Law Making in Comparative Perspective. **The Rabel Journal of Comparative and International Private Law**, v.78, p.327-328, 2014.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligations**: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Johannesburg: Juta and Company LTD, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard; GESELLSCHAFT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG; TAGUNG FÜR RECHTSVERGLEICHUNG (Orgs.). **Freedom of testation**: Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung von 15. bis 17. September 2011 in Trier = Testierfreiheit. s.l.: s.n., 2012. (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, v.21).

ZIMMERMANN, Reinhard; VISSER, Daniel P.; REID, Kenneth (Orgs.). **Mixed legal systems in comparative perspective**: property and obligations in Scotland and South Africa. Oxford, New York: Oxford University Press, 2004.

ZUGMAN, Daniel Leib. Planejamento tributário e a busca do equilíbrio perdido. **Revista dos Tribunais**, v.102, n.929, p.461-493, mar. 2013.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Third revised edition, translated from the German by Tony Weir. New York: Oxford University Press, 1998.

ZWEIGERT, Konrad; PUTTFARKEN, Hans-Jürgen (Orgs.). **Rechtsvergleichung**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. (Wege der Forschung; Bd. 332).

ANEXOS

ANEXO 1

PROPOSTA DE UMA NOVA TRADUÇÃO PARA O PORTUGUÊS DA CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE A LEI APLICÁVEL AO *TRUSTE* E A SEU RECONHECIMENTO

A reflexão acerca dos cuidados e das dificuldades que permeiam a atividade de traduzir textos extrapola as preocupações jurídicas, sendo pertinente a todas as áreas do saber. Igualmente, não se trata de uma temática nova⁸³⁶, mas sim um assunto que já foi e continua sendo objeto de exame de expressivo número de estudiosos.

O debate sobre os impasses da tradução é clássico na história da humanidade.⁸³⁷ Se, por um lado, a variedade de idiomas promove a diversidade de culturas, por outro, dificulta a comunicação entre elas.⁸³⁸ Essa maior complexidade de comunicação pode criar obstáculos à compreensão de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Conforme afirma Véra Maria Jacob de Fradera, "as relações entre língua e direito são deveras complexas, além de variadas, atraindo a atenção de juristas e linguistas, e as questões suscitadas pela diversidade de línguas são, muitas vezes, de monta, gerando barreiras entre os povos".⁸³⁹ Daí a importância da tradução dos textos jurídicos.

Nos tópicos anteriores foi analisado o conteúdo da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento. No presente item são tecidas algumas considerações a respeito da metodologia empregada para a tradução da Convenção da Haia sobre *Trusts*, e a justificativa para a apresentação de novo texto, em vista da

⁸³⁶ A primeira tradução de expressão da qual se tem notícia teria sido realizada por Lívio Andrônico (250 a.C.), que verteu a *Odisséia* de Homero do grego para o latim. Ainda na civilização romana, ganharam destaque os trabalhos realizados por Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.), em especial a sua obra *De optimo genere oratorum* (46 a.C.), dedicada à teoria da tradução (FURLAN, Mauri. Brevíssima história da teoria da tradução no Ocidente: I. Os Romanos. **Cadernos de Tradução**, Florianópolis, v.2, n.8, jan./jul. 2001);

⁸³⁷ Cabe citar a passagem bíblica da Torre de Babel (*Gênesis*, 11, 1-9). É narrado que no princípio todos os habitantes da terra falavam a mesma língua, comunicando-se em plena harmonia. Em certo momento, os filhos dos homens decidem habitar em Sinar e lá construir uma torre que tocasse o céu. Em decorrência dessa atitude considerada soberba, são punidos por Deus a não compreenderem os idiomas uns dos outros e a se dispersarem pela terra (BÍBLIA SAGRADA. Petrópolis: Vozes, 2005. p.34).

⁸³⁸ "Ora, ninguém nega que seja a língua um dos primeiros elementos de uma cultura. Ela é relevante a ponto de sua influência abranger todas as esferas de manifestação da vida cultural de um povo". (FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.82-83).

⁸³⁹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.82.

existência de versão em português da Convenção disponível no domínio de internet oficial da Conferência da Haia.

Desde junho de 2015, todos os materiais e notícias da Conferência da Haia estão disponíveis em português. Além dos dois idiomas oficiais da Conferência – inglês e francês –, há também textos em espanhol e alemão.⁸⁴⁰ Há documentos esparsos traduzidos para outros idiomas, mas o sítio possui versão integral apenas no inglês, no francês, no alemão, no espanhol e, recentemente, no português.⁸⁴¹ Com isso, a Conferência contribui para a expansão do texto de suas convenções e protocolos para línguas mais periféricas, como o português. Trata-se de trabalho louvável, que não apenas assegura acesso aos estudiosos dos países lusofônicos, como também contribui para que tais países venham a aderir a tais pactos.

A versão do sítio eletrônico da Conferência na língua portuguesa inclui traduções de todas as quarenta convenções, protocolos e estatutos produzidos nos trabalhos da Conferência da Haia, inclusive aqueles dos quais o Brasil não é signatário ou parte. É importante ressaltar que muitos dos documentos traduzidos para o português não possuem qualquer vigência ou força normativa, por não terem sido assinados pelo Estado Brasileiro, não havendo versão oficial disposta em forma de Decreto Legislativo ou Decreto Executivo. Isto difere da maior parte das Convenções encontradas no sítio eletrônico da Conferência da Haia em outros idiomas; trata-se de traduções oficiais, em geral vigentes nos países signatários. Com exceção dos seis documentos firmados pelo Brasil⁸⁴², as demais traduções possuem, até o

⁸⁴⁰ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Launch of the Portuguese version of the Hague Conference website**. 17 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/news-archive/details/?varevent=410>>. Acesso em: 30 jul. 2016.

⁸⁴¹ A dificuldade gerada pela diversidade de línguas existentes na Europa foi bem captada por Umberto Eco, que apresenta a tensão entre o respeito à diversidade e a necessidade de um idioma único: "No fim da sua longa procura, a cultura européia encontra-se diante da necessidade urgente de uma língua veicular que recomponha as suas fraturas lingüísticas, hoje mais graves do que nunca. Mas a Europa se acha no dever de fazer as contas também com a própria vocação histórica, como Continente que gerou línguas diferentes, cada uma das quais, mesmo a mais periférica, exprime o 'gênio' de um grupo étnico, e continua sendo veículo de uma tradução milenária. Mas será possível harmonizar a necessidade de uma língua veicular única com a necessidade da defesa das tradições lingüísticas?" (ECO, Umberto. **A busca da língua perfeita na cultura européia**. 2.ed. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2002. p.413)

⁸⁴² 1) Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (Decreto Legislativo n.º 41, de 14 de maio de 1998; Decreto n.º 3.832, de 1.º de junho de 2001), 12) Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (Decreto Legislativo n.º 148, de 6 de julho de 2015; Decreto n.º 8.660, de 29 de janeiro de 2016), 20) Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (Decreto Legislativo n.º 137, de 19 de fevereiro de 2013; não há Decreto Executivo até o momento), 28) Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (Decreto Legislativo n.º 79, de 15 de setembro de 1999; Decreto n.º 3.413, de 14 de abril de 2000), 29) Convenção sobre o Acesso

momento, apenas finalidade acadêmica. Assim, embora não tenha sido assinada pelo Brasil, a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento também foi traduzida nesse contexto. Como será demonstrado adiante, discorda-se de alguns termos escolhidos para a correspondência no português.

É importante esclarecer que a iniciativa de traduzir a Convenção foi louvável e pioneira, de modo que contribuiu e continua contribuindo sobremaneira para o estudo do tema. Contudo, por se divergir de alguns trechos da tradução encontrada no sítio da Conferência da Haia, entendeu-se ser oportuna uma outra versão de tradução para o vernáculo, de modo a permitir que a Convenção da Haia sobre *Trusts* possa continuar a ser estudada e debatida no Brasil. Por tal razão, o presente trabalho propõe uma nova tradução da Convenção, com o objetivo de tornar seu texto em português mais claro, e deixá-lo mais próximo do sentido presente nas suas versões autênticas em inglês e francês.⁸⁴³ Nesse mister, parte-se da premissa de que:

A tradução consiste na busca do significado da frase a ser traduzida, e na procura da frase adaptada para exprimir aquele sentido na língua da tradução. As duas operações cabem ao jurista. O conjunto das duas operações cabe ao comparatista, único competente para decidir se duas idéias, pertencentes a sistemas jurídicos diferentes, correspondem uma à outra. E mais: se uma diferença entre normas acarreta uma diferença de conceitos. Por outro lado, o tradutor deve ter em consideração uma série de circunstâncias, que não podem ser reduzidas a correlações entre palavras e conceitos.⁸⁴⁴

Para o trabalho da nova tradução, foram utilizadas as duas versões autênticas, como método de estudo comparado. De um lado, tendo em vista a origem do *trust* na tradição jurídica da *common law*, foi preciso tomar cuidado com a fidelidade às expressões originais em inglês. De outro lado, visando a melhor compreensão em português, considerando-se a raiz similar (são línguas indo-europeias) e o parentesco

Internacional à Justiça (Decreto Legislativo n.º 658, de 1.º de setembro de 2010; Decreto n.º 8.343, de 13 de novembro de 2014) e 33) Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (Decreto Legislativo n.º 1, de 14 de janeiro de 1999; Decreto n.º 3.087, de 21 de junho de 1999). Cada um dos documentos elaborados pela Conferência da Haia recebe uma numeração de acordo com a cronologia de vigência, para padronizar as referências entre os Estados.

⁸⁴³ Como na maioria dos pactos internacionais, são eleitos idiomas considerados "autênticos" – isto é, que representam o sentido buscado pelos redatores e partes originais. No caso da Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento, tais idiomas autênticos são o inglês e o francês. Há traduções oficiais para outros idiomas, como o chinês, o holandês, o alemão, o italiano, línguas de cujos países a Convenção tem vigência, além de traduções para o japonês e o árabe, disponíveis no sítio da Conferência, e também do português, ora em comento.

⁸⁴⁴ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.57.

na família *civil law*, aproveitou-se a adaptação de expressões e institutos na versão autêntica francesa, como maneira de verificar, simultaneamente à tradução, se as ideias apostas ao novo texto em português seriam inteligíveis e adequadas. A versão em língua francesa da Convenção da Haia foi utilizada como segunda na ordem de comparação pelo fato de ser um idioma que apresenta sutilezas, é mais aberto a diferentes interpretações, sendo, portanto menos objetivo que o inglês.⁸⁴⁵

Nesse sentido, foi necessário um cuidado absoluto para garantir fidelidade não apenas ao texto como à própria construção do *trust* em seu sistema de origem.⁸⁴⁶ Paralelamente, buscou-se evitar que a tradução em si – contendo diversos elementos estranhos à nossa tradição – constituísse alguma espécie de obstáculo à efetiva compreensão dos *trusts* no direito brasileiro.⁸⁴⁷ Para além do cuidado linguístico e semântico na tradução, buscou-se na literatura jurídica referência à tradução como método de comparação. Destaca-se o trabalho de Máximo Langer⁸⁴⁸, que parte da metáfora do "transplante jurídico"⁸⁴⁹ propondo a "tradução jurídica" como método mais

⁸⁴⁵ "Aliás, o francês é uma língua onde as nuances são permitidas, os matizes, logo, as coisas não são sempre negras ou brancas, elas podem ser cinzentas". (FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.83).

⁸⁴⁶ "As palavras não têm, de fato, significados absolutos e permanentes, e todo usuário da língua, cada vez que usa uma expressão, confere-lhe um significado específico único". (SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.54).

⁸⁴⁷ Contraponto interessante é o de Paulo Rónai sobre os efeitos positivos da confusão de Babel: "Mas se a pluralidade das línguas é inerente à humanidade e se os homens se desentendem com toda a naturalidade mesmo quando falam uma língua comum, seria mais óbvio ver no plurilingüismo um fenômeno tão natural como, por exemplo, a diversidade da cor dos olhos humanos, que ninguém pensa em reformar e que para muitos constitui fonte de beleza e espanto". (RÓNAI, Paulo. **Babel e antibabel**: ou o problema das línguas universais. São Paulo: Perspectiva, 1970. p.185).

⁸⁴⁸ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v.45, n.1, p.1-64, 2004.

⁸⁴⁹ WATSON, Alan. **Legal Transplants**: An Approach to Comparative Law. 2.ed. Athens: University of Georgia Press, 1993. A metáfora do "transplante jurídico" identifica o processo de transposição orgânica de dispositivos legais de um ordenamento jurídico para o outro. Assim como em um transplante de órgãos, normas jurídicas não podem ser carregadas de um contexto legal para o outro sem os devidos cuidados em manter o destinatário intacto, pois é necessária cuidadosa implantação e cultivo em seu novo habitat. Para críticas a esse tradicional método do Direito Comparado, ver TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. **Modern Law Review**, London, v. 61, p.12, 1998: "[W]hen a foreign rule is imposed on a domestic culture [...] something else is happening. It is not transplanted into another organism, rather it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events. It irritates, of course, the minds and emotions of tradition-bound lawyers; but in a deeper sense, [...] it irritates law's 'binding arrangements'. It is an outside noise which creates wild perturbations in the interplay of discourses within these arrangements and forces them to reconstruct internally, not only their own rules but to reconstruct from scratch the alien element itself. 'Legal irritants' cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an

adequado para o trabalho de comparação e, preocupando-se com aspectos sintáticos e semânticos da norma em sua origem e em seu destino. Segundo o autor, por meio de adaptações textuais é possível capturar as transformações a que é submetida uma ideia ou conceito nas suas relações com o sistema jurídico destinatário após a sua tradução original.⁸⁵⁰ A depender do método de tradução empregado, é possível trazer ao ordenamento jurídico nacional conceitos e ideias de todo impertinentes ou inaplicáveis, por desejar ser demasiado fiel à origem, ou, ao contrário, deturpar institutos jurídicos na tentativa de os inserir em seu novo contexto legal.

Como se vê, a tradução não é uma tarefa isenta de riscos, sendo oportuno fazer remissão ao famoso brocardo italiano: "*traduttore, traditore*"; isto é, "tradutor, traidor". Logo, a presente proposta de tradução certamente apresentará insuficiências e imprecisões.

Essa nova proposta de tradução da Convenção da Haia sobre *trusts* realizada pela autora só foi possível de ser realizada a partir do primoroso trabalho realizado pelos tradutores da versão oficial em português mencionada. Como fruto desse trabalho de cooperação entre versões de tradução, foi possível se chegar a alguns pontos de divergência entre o presente trabalho de tradução e aquele disponível no sítio da Conferência. Assim, a opção adotada na presente tese foi a de

evolutionary dynamic in which the external rule's meaning will be reconstructed and the internal context will undergo fundamental change". Tradução livre: "Quando uma regra estrangeira é imposta em uma cultura nacional, outra coisa acontece. Ela não é transplantada para dentro de outro organismo, ao revés funciona como uma irritação fundamental que engatilha uma série de eventos novos e inesperados. Ela irrita, é claro, as mentes e as emoções dos juristas ligados à tradição, mas em um sentido mais profundo, ela irrita os 'arranjos vinculantes' da lei. É um ruído externo que cria grandes perturbações na ação recíproca de recursos dentro desses arranjos os força a reconstruir internamente não as suas próprias regras, mas reconstruir desde a origem o próprio elemento alienígena. Os 'irritantes jurídicos' não podem ser domesticados; eles não são transformados de algo alienígena em algo familiar, não adaptado ao novo contexto cultural, ao contrário eles darão ensejo a uma dinâmica evolucionária em que o significado da regra externa será reconstruída e o contexto interno sofrerá mudança fundamental".

⁸⁵⁰ "*The theory and history of translation have presented three main approaches to translation: (1) strict literalism, a "word-by-word matching" between the original and the translated texts; (2) "faithful but autonomous restatement," where the translator still tries to be faithful to the original but composes, at the same time, a text that is equally powerful in the target language; and (3) substantial recreation, variations, etc., where the idea of fidelity to the original is weakened or directly disappears, and the focus is to create a text that is powerful or appealing in the target language*". (LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v.45, n.1, p.33, 2004). Tradução livre: "A teoria e a história da tradução apresentaram três principais abordagens à tradução: (1) literalismo estrito, uma "correspondência palavra-por-palavra" entre os textos original e traduzido; (2) "atualização fiel, mas autônoma", em que o tradutor ainda busca ser fiel ao original, mas compõe simultaneamente um texto que é igualmente eficaz no idioma alvo; e (3) recriação substancial, variações, etc., em que a ideia de fidelidade ao original é enfraquecida ou desaparece diretamente, e o escopo é criar um texto que seja eficaz ou atrativo no idioma alvo".

mentonar nesse espaço tão somente as modificações mais relevantes, seja em termos de conteúdo da Convenção, seja em termos de estrutura.⁸⁵¹

A primeira alteração diz respeito às considerações preliminares. Prefere-se adotar a expressão "tribunais de equidade" em detrimento de "cortes de equidade", por tratar-se de órgãos jurisdicionais ordinários, voltados à resolução de casos, e não a unificação da interpretação do direito.⁸⁵² Em geral, o vocábulo "*court*", em inglês, refere-se a juízos ou agrupamento de juízos cujas decisões não são representativas do tribunal como um todo; cortes, por outro lado, proferem suas decisões enquanto colegiados.⁸⁵³

Em seguida, foi retirado um parágrafo que continha texto em inglês, o qual, crê-se, foi deixado na tradução por equívoco.⁸⁵⁴

No artigo 2.º encontram-se duas mudanças substanciais. Inicialmente, optou-se por empregar o termo *settlor* em vez de "outorgante". Apesar de a atividade do *settlor* enquanto instituidor do *trust* envolva outorga de poderes e transferência de bens ao *trustee*, entende-se que seu papel é mais amplo que a mera atribuição de poderes e que inexiste um termo no vocabulário jurídico brasileiro para expressá-lo. Daí porque manter o termo *settlor*. Em segundo lugar, alterou-se a palavra "curador" por *trustee*. Crê-se que "curador" pode remeter ao encargo exercido por um cidadão plenamente capaz em favor de pessoas incapazes ou dos capazes com deficiência.⁸⁵⁵ Paralelamente, a característica hodierna de o *settlor* desenvolver uma atividade com profissionalismo também é incompatível com a terminologia "curador", o qual deve zelar pelos interesses do curatelado e administrar seus bens com vistas ao bem-estar do incapaz ou capaz com deficiência de modo gracioso, altruístico. Essas duas alterações são fundamentais para que o instituto do *trust* seja bem compreendido, premissa básica para que possa ser discutido e quem sabe recepcionado no país. Por conta dessas duas modificações, os artigos 2.º, letra "a", "b", e "c"; 4.º; 6.º; 7.º letras "a" e "c"; 8.º, letras "a", "b", "c", "d", "e", "g" e "j"; 11 *caput* e letras "a", "b", "c", "d"; 12, 13, foram readequados para empregarem esses termos.

⁸⁵¹ A nova versão proposta pela autora encontra-se no quadro adiante.

⁸⁵² Consultar MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013. p.29-32.

⁸⁵³ Ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC. São Paulo: RT, 2015. p.26-42.

⁸⁵⁴ Vide quadro comparativo adiante.

⁸⁵⁵ Código Civil Brasileiro, art. 1.781 e seguintes.

No artigo 2.º, letra "a", entende-se que há um equívoco de tradução. Ao passo que a tradução enuncia que "os bens constituem um fundo separado e não são parte do patrimônio do curador", defende-se que o mais correto seria dizer que os bens constituem um fundo separado "e não são parte do patrimônio pessoal do *trustee*". Isso porque o titular dos bens do *trust* é efetivamente o *trustee*, mas tais recursos não integram seu patrimônio pessoal. Estão em seu nome para que os administre em função dos beneficiários. Essa mudança precisa ser bem compreendida e é peça-chave para a compreensão do *trust*.

Ao se examinar o artigo 5.º, verifica-se uma discordância. A palavra *trust* foi traduzida por duas vezes como "crédito". Desconhecem-se os motivos que embasaram a opção dos tradutores, pois o termo escolhido em português é abissalmente diverso do sentido da figura do *trust*. No vernáculo, "crédito" significa, entre outras definições, o que alguém tem a haver de um devedor ou o direito de receber o que se emprestou ou financiou.⁸⁵⁶ Em dicionário jurídico, "crédito" também remete ao direito que tem a pessoa de exigir de outra o cumprimento da obrigação

⁸⁵⁶ "Crédito *s.m.* (sXV) **1** confiança, crença fundada nas qualidades de uma pessoa ou coisa; segurança de que alguém ou algo é capaz ou veraz <um profissional que merece c.> <as notícias eram dignas de c.> **2** *p.ext.* bom nome, boa reputação; confiabilidade <desfeita a farsa, ele perdeu todo o c. entre seus pares> **3** autoridade, importância preponderância <granjeou c. com suas pesquisas avançadas> **4** ADM ECON POL autorização de despesa concedida por dirigente ou comissão que estipula, vota e regulamenta os orçamentos **5** COM transação em que um comprador adquire um bem ou serviço para pagá-lo posteriormente, em uma ou mais parcelas **6** COM contrato pelo qual um banco, uma financeira etc. põe à disposição de alguém certa quantia de dinheiro mediante assinatura de notas promissórias ou qualquer outro título creditício **6.1** *p.met.* COM a quantia emprestada desse modo <obteve um c. de 5.000 reais> **7** COM JUR o que um negociante, instituição etc., em suas contas, tem a haver de um devedor **8** *p.ext.* COM JUR direito de receber o que se emprestou ou financiou **9** condição de quem pode obter empréstimos ou comprar a prazo <nossa empresa tem c. na praça> **10** M.COM indicação dos autores e de todos os responsáveis pela elaboração intelectual, artística, técnica e empresarial de um determinado produto (publicação, filme, programa televisivo etc.) [mais us. no pl.] **11** PED nos cursos universitários, valor atribuído a cada disciplina e que corresponde, ao final do curso, a um número mínimo de pontos que o aluno tem que perfazer para adquirir um diploma * **c. capital** COM o proveniente da emissão de debêntures por sociedades anônimas; crédito de corporação * **c. de confiança** ratificação de confiança depositada sobre alguém ou algo dentro de certo prazo ou circunstância * **c. de corporação** COM m.q. **CRÉDITO CAPITAL** * **c. imobiliário** ADM COM aquele se de destina a compra de imóvel e cuja garantia se baseia na condição hipotecária deste * **c. real** COM o que se baseia em bens imóveis ou moveis * **c. rotativo** COM aquele que permite amortizações mínimas periódicas, dentro de um limite preestabelecido, durante a vigência do contrato * **a c.** COM para pagamento ou recebimento posterior, em uma ou mais parcelas <comprar a c.> <vender a c.> * **levar a c.** COM creditar, lançar em conta-corrente (determinado valor) * ETIM lat. creditum, i 'crença, confiança, empréstimo' * **SIN/VAR** ver sinonímia de *confiança*, *fama* e antonímia de *desprezo* * **ANT** débito; ver tb antonímia de *confiança* e sinonímia de *desprezo*". (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.568).

contraída⁸⁵⁷, que em nada se relaciona com o *trust*.⁸⁵⁸ Ainda, em outros artigos da Convenção, o termo *trust* foi mantido na tradução para o português, o que demonstra incoerência. A alteração dessa disposição é premente, pois versa justamente sobre a figura que se pretende ver reconhecido por meio da Convenção da Haia de 1985. Lamentavelmente, o mesmo erro é encontrado nos artigos 22 e 24 da tradução disponível no sítio da Conferência.

No artigo 6.º entende-se haver um equívoco. A tradução menciona que "O *trust* jamais será regulado pela lei escolhida pelo outorgante". Em verdade, considerado o sentido da oração em suas versões autênticas⁸⁵⁹, a tradução adequada é oposta: "O *trust* é regido pela lei escolhida pelo *settlor*". Em ambas as versões, inglês e francês, o sentido da Convenção é determinar que o *trust* seja regido pela lei escolhida pelo *settlor*. É incorreto, portanto, dizer que o *trust* "jamais" será regulado pela lei de escolha do "outorgante". Para além dessa importante correção, entende-se que o vocábulo "regido" é mais bem adequado ao sentido da regra que o vocábulo "regulado", não apenas por ser esse o termo utilizado na versão francesa, como também se trata da escolha da lei de regência do *trust* – o ordenamento a que estará submetido –, e não apenas seu regulamento. Mais adiante há um erro decorrente de tradução literal. A palavra "*where*" nesse contexto não significa "onde", mas sim "sempre que". Na tradução, o uso da expressão "*where*" pode criar dificuldades, pois em seu sentido usual refere-se tanto a um lugar quanto a uma situação.⁸⁶⁰ No caso do parágrafo segundo, o artigo 6.º, como a expressão não se refere a um local, mas

⁸⁵⁷ "Crédito. Derivado do latim *creditum*, de credere (confiar, emprestar dinheiro), possui o vocábulo uma ampla significação econômica e um estreito sentido jurídico. [...] Crédito. Juridicamente, significa o *direito* que tem a pessoa de *exigir de outra* o cumprimento da *obrigação* contraída. Neste sentido, no entanto, tem-se o vocábulo em acepção mais ampliada, pois que abrange as obrigações de dar, fazer ou não fazer. Mas, em Direito, ainda possui sentido mais restrito desde que pode indicar o direito de cobrar uma *dívida ativa*, como pode significar o próprio *título dessa dívida*. E, assim, se entende porque tais títulos, em verdade, representam o próprio valor da obrigação a exigir, mostrando-se, por isso, o *instrumento* do próprio crédito ou o *título do crédito*. Para os títulos de crédito comerciais, dizem-se também *efeitos comerciais*: *letra de câmbio*, *nota promissória*, *cheque*, *duplicatas*, *conhecimentos de transportes*, *de depósitos* e *'warrants'*". (DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.395-396).

⁸⁵⁸ De Plácido e Silva também traz outras definições de crédito – econômicas, contábeis, mercantis e financeiro-administrativas –, que também em nada se assemelham à noção de *trust*.

⁸⁵⁹ "A *trust* shall be governed by the law chosen by the settlor" e "Le *trust* est régi par la loi choisie par le constituant".

⁸⁶⁰ "**where** [...] **adv.** 1 in or to what place or situation [...] 2 used after words or phrases that refer to a place or situation to mean 'at, in or to which' [...] 3 the place or situation in which [...] **conj.** (in) the place or situation in which". (HORNBY, Albert Sidney. **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**. 7.ed. Oxford: Oxford, 2005. p.1738).

sim a uma situação, não parece adequado o emprego do vocábulo "onde", que no vernáculo é advérbio circunstancial a lugar ou pronome relativo. Além disso, a expressão "*does not provide*" deve ser compreendida como "não conhecer", no sentido de não contemplar esse instituto, mantendo-se a convenção de tradução empregada no artigo 5.º.⁸⁶¹ Tratando-se de texto normativo, entende-se ser fundamental a padronização das expressões para se obter maior precisão na linguagem.⁸⁶²

O mesmo ocorre no artigo 7.º. Na letra "b", o termo "situação" é substituído por "localização", visto que "*situs*", como empregado na versão inglesa, diz respeito ao local onde algo está situado para fins jurídicos.⁸⁶³ Em prosseguimento, na letra "c", "negócio do curador" deve ser traduzido como "local de trabalho do *trustee*", primeiramente, pois não parece adequada a tradução de *trustee* como "curador", conforme apontado acima. Ademais, porque a expressão "*place of business*" se refere ao estabelecimento do *trustee*⁸⁶⁴, melhor expressado na linguagem comum vernacular por "local de trabalho" para se obter clareza. Por fim, na letra "d" "objetos do *trust*" deve ser alterado para "objetivos do *trust*", como se vê na versão autêntica francesa, que corretamente emprega "*objectifs*"⁸⁶⁵ para expressar o sentido de "*objects*".

A palavra "formação" presente no artigo 8.º deve ser modificada por "interpretação", pois "*construction*" refere-se à atividade interpretativa⁸⁶⁶ feita sobre os *trusts*, e não ao momento de sua constituição. Veja-se que na versão autêntica em francês foi também utilizado o vocábulo "*interprétation*".

Para a tradução dos artigos 9.º e 10 propõem-se mudanças estruturais com relação à tradução oficial em português, visando maior clareza e fidelidade ao texto

⁸⁶¹ "*The Convention does not apply to the extent that the law specified by Chapter II does not provide for trusts or the category of trusts involved*" e "*La Convention ne s'applique pas dans la mesure où la loi déterminée par le chapitre II ne connaît pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause*".

⁸⁶² Esta preocupação foi manifestada pelo legislador brasileiro na alínea "b" do inciso II do art. 11 da Lei Complementar Federal n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998, a qual dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis: "Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...] II - para a obtenção de precisão: [...] b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;"

⁸⁶³ "*The location or position (of something) for legal purposes, as in lex situs, the law of the place where the thing in issue is situated*". (GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.1513).

⁸⁶⁴ Cf. a versão francesa da Convenção: "*lieu d'établissement du trustee*".

⁸⁶⁵ Objetivos.

⁸⁶⁶ "*The act or process of interpreting or explaining the sense or intention of a writing (usu. a constitution, statute, or instrument); the ascertainment of a document's meaning in accordance with judicial standards*". (GARNER, Brian A. (Ed.). **Black's Law Dictionary**. 9.ed. St. Paul: West, 2009. p.355).

original. Caso haja algum elemento do *trust* que seja passível de isolamento, esse elemento poderá ser regido por uma lei específica, diferente da lei que regerá o *trust*. Em seguida, busca-se expressar a determinação de que a lei aplicável à validade do *trust* é que determinará se é possível substituir a lei aplicável ao *trust* ou a um de seus elementos que foi isolado. Não se pode dizer que havia um equívoco na tradução anterior. No entanto, optou-se por manter a ordem das orações presente nas versões autênticas em inglês⁸⁶⁷ e francês⁸⁶⁸, evitando-se possíveis confusões quanto ao sentido original dos dispositivos.

A letra "a" do artigo 15 da Convenção deve ser interpretada no Brasil como não podendo afastar a proteção aos menores de 16 anos de idade, únicos absolutamente incapazes pela atual redação do artigo 3.º do Código Civil, bem como dos maiores de 16 e menores de 18 anos de idade, estes últimos relativamente incapazes. São ainda relativamente incapazes os ébrios habituais, os viciados em tóxico, os que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade e os pródigos. Contudo, tendo em consideração a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão, n.º 13.146/2015), entende-se que se deve estender essa proteção às pessoas com deficiência, agora consideradas capazes, podendo ser submetidas à curatela.

No artigo 17, verifica-se outra divergência decorrente de tradução literal. A palavra "*law*" foi traduzida como "direito", mas deve ser lida como "lei". Este é um ponto bastante delicado da tradução, visto que o significante "*law*", em inglês, pode ter como significado tanto a expressão de sentido "direito" como a expressão de sentido "lei", absolutamente distintas. Um dos critérios utilizados para a solução desse impasse foi a consulta à versão autêntica em francês, que emprega a expressão "*loi*"⁸⁶⁹, utilizada ao longo de toda a Convenção. Isso se dá, pois a Convenção em si refere-se às disposições de conflito entre leis e a escolha de leis dos foros em questão, referindo-se ao produto da atividade legiferante positivada vigente em cada

⁸⁶⁷ "In applying this Chapter a severable aspect of the trust, particularly matters of administration, may be governed by a different law" e "The law applicable to the validity of the trust shall determine whether that law or the law governing a severable aspect of the trust may be replaced by another law".

⁸⁶⁸ "Dans l'application du présent chapitre, un élément du trust susceptible d'être isolé, notamment son administration, peut être régi par une loi distincte" e "La loi applicable à la validité du trust régit la possibilité de remplacer cette loi, ou la loi applicable à un élément du trust x d'être isolé, par une autre loi".

⁸⁶⁹ Lei.

território – isto é, a "lei" –, e não ao sistema jurídico dos territórios – "direito". O que é disponível ao *settlor* na instituição de um *trust* é a escolha das regras aplicáveis.

No artigo 19, é preciso entender "*powers of States*" como competência, tal qual expressado na versão autêntica da Convenção em francês.⁸⁷⁰ Nesse caso, o sentido buscado pela Convenção é evitar que as suas disposições venham a atentar à competência dos Estados em matéria tributária e fiscal.

O artigo 20 refere-se à declaração pelo Estado Membro de extensão do reconhecimento aos *trusts* criados por decisão judicial. O terceiro parágrafo menciona que o artigo 31, aplicável à denúncia da Convenção, aplica-se por analogia à retirada de tal declaração pelo Estado.

Essas são as alterações mais relevantes feitas em relação à tradução anterior presente no sítio da Conferência da Haia. De qualquer modo, entende-se que a presente tradução, com seus acertos e suas insuficiências contribuíram para que a autora compreendesse um pouco melhor a ciência jurídica, a qual depende de um exercício de direito comparado: "*Comparative research has the greatest task imaginable: it has to prepare the legal science which could not have been established while each country's territorial system was the exclusive object of legal thought*".⁸⁷¹

Espera-se ter contribuído para uma maior compreensão do conteúdo da Convenção e os efeitos dela decorrentes, ainda que se reconheçam os limites das alterações realizadas, que no futuro certamente poderão ser aprimoradas por outros pesquisadores.

⁸⁷⁰ "*La Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale*".

⁸⁷¹ RABEL, Ernst. On comparative research in legal history and modern law. **Quarterly Bulletin of the Polish Institute of Arts and Sciences in America**, v.2, n.3, p.14, 1944. Tradução livre: "A pesquisa comparada possui a maior tarefa imaginável: ela precisa preparar a ciência jurídica que não poderia ter se firmado enquanto o sistema territorial de cada país era o objeto exclusivo do pensamento jurídico".

continua

CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL AO TRUST E A SEU RECONHECIMENTO	
(Concluída em 1.º de julho de 1985)	
Os Estados signatários da presente Convenção,	
Considerando que o <i>trust</i> é um instituto característico criado pelos tribunais de equidade nos países de <i>common law</i> , adotado por outros países com certas modificações,	
[SEM CORRESPONDÊNCIA]	
Desejando estabelecer disposições comuns sobre a lei aplicável ao <i>trust</i> e regular os problemas mais importantes relativos a tal reconhecimento,	
Resolveram concluir uma Convenção para este efeito e adotar as seguintes disposições:	
CAPÍTULO I – ÂMBITO	
Artigo 1	
A presente Convenção determina a lei aplicável ao <i>trust</i> e regula seu reconhecimento.	
Artigo 2	
Para os fins desta Convenção, o termo <i>trust</i> se refere às relações jurídicas criadas por uma pessoa, o <i>settlor</i> – por ato <i>inter vivos</i> ou <i>causa mortis</i> – quando os bens forem colocados sob controle de um <i>trustee</i> para o benefício de um beneficiário ou para um fim específico.	
O <i>trust</i> apresenta as seguintes características:	
a) os bens constituem um fundo separado e não são parte do patrimônio pessoal do <i>trustee</i> ;	
b) a propriedade dos bens do <i>trust</i> está em nome do <i>trustee</i> ou de outra pessoa em benefício do <i>trustee</i> ;	
c) o <i>trustee</i> tem poderes e deveres, estando em virtude deles responsável por gerenciar, empregar ou dispor dos bens sob os termos do <i>trust</i> e dos deveres especiais impostos ao <i>trustee</i> pela lei.	
O fato de o <i>settlor</i> reservar certos poderes ou o <i>trustee</i> possuir certos direitos na qualidade de beneficiário não exclui necessariamente a existência de um <i>trust</i> .	
Artigo 3	
A Convenção se aplica apenas aos <i>trusts</i> criados voluntariamente e provados por escrito.	
Artigo 4	
A Convenção não se aplica a questões preliminares referentes à validade de testamentos ou de outros atos por virtude dos quais bens são transferidos ao <i>trustee</i> .	
Artigo 5	
A Convenção não se aplica aos casos em que a lei designada pelo Capítulo II não conhecer o <i>trust</i> ou a espécie de <i>trust</i> envolvida.	
CAPÍTULO II – LEI APLICÁVEL	
Artigo 6	
O <i>trust</i> é regido pela lei escolhida pelo <i>settlor</i> . A escolha deve ser expressa ou resultar das disposições do instrumento de instituição do <i>trust</i> ou de sua prova, interpretadas, caso necessário, à luz das circunstâncias do caso.	
Quando a lei escolhida nos termos do parágrafo anterior não conhecer o <i>trust</i> ou a espécie de <i>trust</i> envolvida, a escolha não produzirá efeitos, devendo ser aplicada a lei especificada no Artigo 7.	
Artigo 7	
Quando nenhuma lei aplicável for escolhida, o <i>trust</i> é regido pela lei com a qual tem uma ligação mais estreita.	
Para determinar a lei com a qual o <i>trust</i> tem uma ligação mais estreita, leva-se em conta notadamente:	
a) o local de administração do <i>trust</i> designado pelo <i>settlor</i> ;	
b) a localização dos bens do <i>trust</i> ;	
c) a residência ou o local de trabalho do <i>trustee</i> ;	
d) os objetivos do <i>trust</i> e os locais onde eles serão alcançados.	

continua

CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL AO TRUST E A SEU RECONHECIMENTO	
Artigo 8	
A lei especificada nos Artigos 6 e 7 rege a validade do <i>trust</i> , sua interpretação , seus efeitos e a administração do <i>trust</i> .	
Em particular, esta lei regula:	
a) a nomeação, renúncia ou remoção de <i>trustees</i> , a capacidade para atuar como <i>trustee</i> e a transferência ou sucessão do cargo de <i>trustee</i> ;	
b) os direitos e deveres recíprocos dos trustees entre si ;	
c) o direitos dos <i>trustees</i> de delegar no todo ou em parte a exoneração dos seus deveres ou do exercício de seus poderes;	
d) o poder dos <i>trustees</i> de administrar ou de dispor de bens do <i>trust</i> , de constituí-los em garantias reais, ou de adquirir novos bens;	
e) os poderes de investimento dos <i>trustees</i> ;	
f) as restrições sobre a duração do <i>trust</i> , e sobre o poder de acumular os rendimentos do <i>trust</i> ;	
g) as relações entre os <i>trustees</i> e os beneficiários, inclusive a responsabilidade pessoal dos <i>trustees perante</i> os beneficiários;	
h) a modificação ou extinção do <i>trust</i> ;	
i) a distribuição dos bens do <i>trust</i> ;	
j) o dever dos <i>trustees</i> de prestar contas de sua administração.	
Artigo 9	
Na aplicação deste Capítulo, algum elemento do trust suscetível a isolamento, em especial sua administração, pode ser regido por lei específica.	
Artigo 10	
A lei aplicável à validade do <i>trust</i> rege a possibilidade de substituição desta lei, ou da lei aplicável a um elemento do trust suscetível a isolamento , por outra lei.	
CAPÍTULO III – RECONHECIMENTO	
Artigo 11	
O <i>trust</i> criado em conformidade com a lei determinada pelo Capítulo anterior deve ser reconhecido como um trust.	
O reconhecimento significa, pelo menos, que os bens do trust sejam distintos do patrimônio pessoal do trustee e que o trustee possa figurar como autor ou réu, ou comparecer na qualidade de trustee perante um notário ou qualquer autoridade pública.	
Na medida em que a lei aplicável ao <i>trust</i> assim exigir ou prever , tal reconhecimento implica notadamente :	
a) que credores pessoais do <i>trustee</i> não tenham acesso aos bens do <i>trust</i> ;	
b) que os bens do <i>trust</i> são separados do patrimônio do <i>trustee</i> em caso de sua insolvência ou falência;	
c) que os bens do <i>trust</i> não integram a propriedade matrimonial ou a sucessão do trustee ;	
d) que a recuperação dos bens do trust é permitida, nos casos em que o trustee, em violação das obrigações resultantes do trust, confundiu os bens do trust com seus bens pessoais ou deles dispôs. No entanto, os direitos e as obrigações de um terceiro detentor dos bens do trust permanecem sujeitas à lei determinada pelas regras de conflito do foro.	
Artigo 12	
O <i>trustee</i> que deseje registrar bens, móveis ou imóveis, ou documentos de título referentes a eles, terá o direito de requerer sua inscrição na qualidade de <i>trustee</i> ou de tal forma que a existência do <i>trust</i> seja divulgada , desde que isto não seja proibido pela lei ou incompatível com o direito do Estado onde o registro é firmado.	
Artigo 13	
Nenhum Estado é obrigado a reconhecer um <i>trust</i> cujos elementos significantes, à exceção da escolha da lei aplicável, do local da administração e da residência habitual do <i>trustee</i> , são mais estritamente ligados a Estados que não conheçam o instituto do <i>trust</i> ou a espécie de <i>trust</i> envolvida.	
Artigo 14	
A Convenção não impede a aplicação de regras de direito mais favoráveis ao reconhecimento de trusts.	

continua

CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL AO <i>TRUST</i> E A SEU RECONHECIMENTO
CAPÍTULO IV – DISPOSIÇÕES GERAIS
Artigo 15
A Convenção não impede a aplicação das disposições da lei indicada pelas regras de conflitos do foro, na medida que tais disposições não podem ser derogadas por ato voluntário, em especial no que se refere às seguintes matérias:
a) a proteção de menores de idade e incapazes;
b) os efeitos pessoais e patrimoniais do casamento;
c) os testamentos e a sucessão legítima, em especial a parcela indisponível destinada a cônjuges e parentes (legítima);
d) a transferência de título de propriedade e interesses securitários em propriedade ;
e) a proteção dos credores em casos de insolvência;
f) a proteção de terceiros de boa-fé em outros casos .
Se o reconhecimento de um trust for impedido pela aplicação do parágrafo anterior , o juiz deverá buscar dar efeito aos objetivos do <i>trust</i> por outras formas jurídicas .
Artigo 16
A Convenção não impede a aplicação destas disposições da lei determinada pelas regras de conflito do foro que deva ser aplicada mesmo em situações internacionais, independentemente de regras de conflito de leis.
Excepcionalmente, também pode ser dado efeito às regras de mesma natureza de outro Estado que tenha uma ligação suficientemente estreita com o objeto do litígio.
Qualquer Estado Contratante pode, por meio de reserva, declarar que não aplicará o segundo parágrafo deste Artigo.
Artigo 17
Para efeitos desta Convenção, o termo “lei” significa as regras de direito em vigor em um Estado, à exceção das regras de conflitos de leis.
Artigo 18
As disposições da Convenção podem ser desconsideradas quando sua aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública.
Artigo 19
A Convenção não pode atentar à competência dos Estados em matéria fiscal.
Artigo 20
Qualquer Estado Contratante pode , a qualquer momento, declarar que as disposições da Convenção serão estendidas a <i>trusts</i> criados por decisões judiciais.
Esta declaração será notificada ao Ministério das Relações Exteriores do Reino dos Países Baixos e produzirá efeitos a partir do dia em que for recebida.
O Artigo 31 é aplicável por analogia à retirada dessa declaração.
Artigo 21
Qualquer Estado Contratante pode reservar-se o direito de não aplicar as disposições do Capítulo III aos trusts cuja validade for regida pela lei de um Estado Contratante.
Artigo 22
A Convenção é aplicável independentemente da data de criação do trust .
No entanto , um Estado Contratante pode reservar-se o direito de não aplicar a Convenção a um trust criado antes da data de entrada em vigor da presente Convenção para esse Estado .
Artigo 23
Para determinar a lei aplicável nos termos da Convenção, quando um Estado compreende diversas unidades territoriais, cada qual com suas próprias regras jurídicas referentes ao <i>trust</i> , qualquer referência à lei do Estado será considerada como referente à lei em vigor na unidade territorial em questão.
Artigo 24
Um Estado no qual diferentes unidades territoriais tenham suas próprias regras jurídicas em relação ao <i>trust</i> não é obrigado a aplicar a Convenção a conflitos de leis que ocorrem apenas no interior destas unidades .

continua

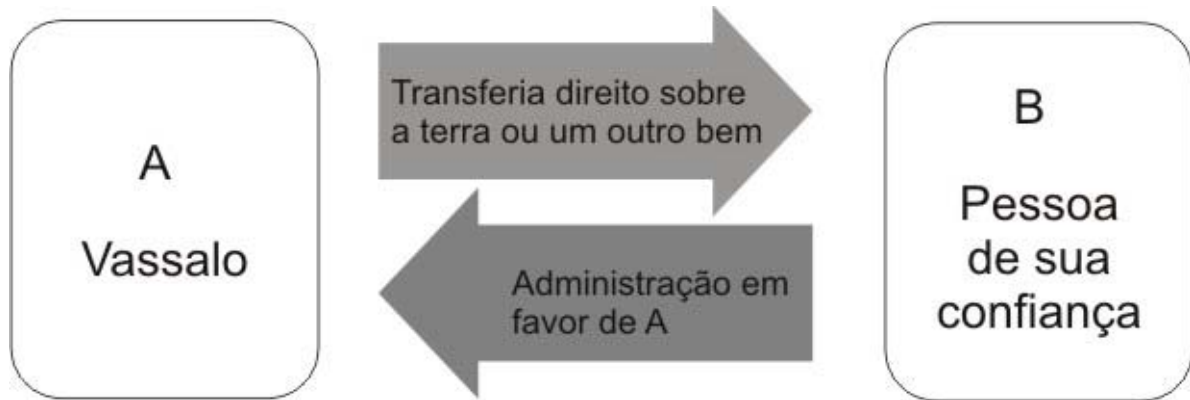
CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL AO <i>TRUST</i> E A SEU RECONHECIMENTO
Artigo 25
A Convenção não afeta outros instrumentos internacionais de que um Estado Contratante seja ou venha a ser parte contendo disposições sobre as matérias reguladas por esta Convenção.
CAPÍTULO V - DISPOSIÇÕES FINAIS
Artigo 26
Qualquer Estado pode, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou no momento de declaração nos termos do Artigo 29, fazer reservas quanto aos Artigos 16, 21 e 22.
Nenhuma outra reserva será permitida.
Qualquer Estado Contratante pode, a qualquer tempo, retirar uma reserva que tenha feito; o efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês após a notificação da retirada.
Artigo 27
A Convenção está aberta à assinatura por Estados-Membros da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado no momento da Décima Quinta Sessão.
A Convenção será ratificada, aceita ou aprovada e os instrumentos de ratificação, aceitação ou aprovação serão depositados com o Ministério de Relações Exteriores do Reino dos Países Baixos.
Artigo 28
Qualquer outro Estado pode aderir à Convenção após sua entrada em vigor nos termos do parágrafo primeiro do Artigo 30.
O instrumento de adesão será depositado junto ao Ministério de Relações Exteriores do Reino dos Países Baixos.
A adesão produz efeitos apenas no que tange às relações entre o Estado aderente e os Estados Contratantes que não levantarem objeções à sua adesão até doze meses após o recebimento da notificação referida no Artigo 32. Tal objeção pode também ser levantada por Estados-Membros no momento da ratificação, aceitação ou aprovação da Convenção após a adesão. Qualquer destas objeções devem ser notificadas ao Ministério de Relações Exteriores do Reino dos Países Baixos.
Artigo 29
Caso um Estado tenha duas ou mais unidades territoriais nas quais diferentes sistemas de direito sejam aplicados, este poderá, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, declarar que esta Convenção se aplica a todas as suas unidades territoriais ou apenas a uma ou mais delas, e pode modificar esta declaração submetendo outra declaração a qualquer momento.
Qualquer destas declarações será notificada ao Ministério de Relações Exteriores do Reino dos Países Baixos, devendo conter expressamente as unidades territoriais às quais se aplica a Convenção.
Caso o Estado não realize nenhuma declaração sobre este Artigo, a Convenção se aplica a todas as unidades territoriais daquele Estado.
Artigo 30
A Convenção entra em vigor no primeiro dia do terceiro mês após o depósito do terceiro instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação referido no Artigo 27.
Daí em diante, a Convenção entra em vigor:
a) para cada Estado que a ratifique, aceite ou aprove subsequentemente, no primeiro dia do terceiro mês após o depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação;
b) para cada Estado aderente no primeiro dia do terceiro mês após a expiração do prazo referido no Artigo 28;
c) para as unidades territoriais às quais a Convenção se estenda em conformidade com o Artigo 29, no primeiro dia do terceiro mês após a notificação referida naquele Artigo.
Artigo 31
Qualquer Estado Contratante pode denunciar esta Convenção por uma notificação formal escrita e endereçada ao Ministério de Relações Exteriores do Reino dos Países Baixos, depositário da Convenção.
A denúncia produz efeitos no primeiro dia do mês seguinte à expiração do prazo de seis meses após o recebimento da notificação pelo depositário ou em data posterior especificada na notificação.

conclusão

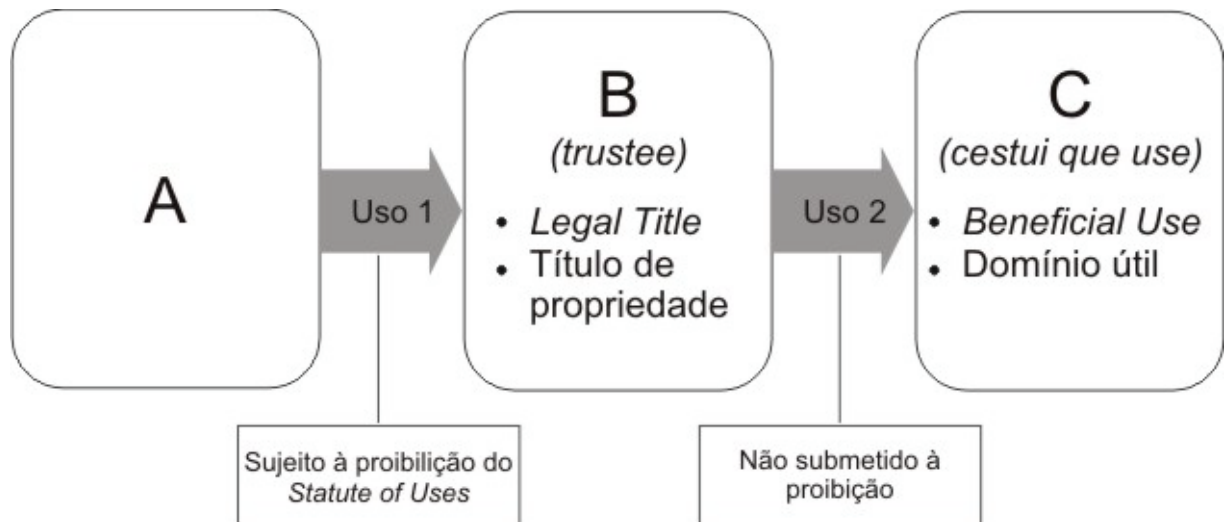
CONVENÇÃO SOBRE A LEI APLICÁVEL AO <i>TRUST</i> E A SEU RECONHECIMENTO	
Artigo 32	
O Ministério de Relações Exteriores do Reino dos Países Baixos notificará os Estados-Membros da Conferência e os Estados que tenham aderido conforme o Artigo 28:	
a)	das assinaturas, ratificações, aceitações e aprovações referidas no Artigo 27;
b)	da data em que a Convenção entrar em vigor conforme o Artigo 30;
c)	das adesões e das objeções levantadas às adesões referidas no Artigo 28;
d)	das extensões referidas no Artigo 29;
e)	das declarações referidas no Artigo 20;
f)	das reservas ou retiradas referidas no Artigo 26;
g)	das denúncias referidas no Artigo 31.
Em fé do que os abaixo assinados, devidamente autorizados, assinam esta Convenção.	
Realizada na Haia, no primeiro dia de julho de 1985, em inglês e francês, sendo ambos os textos igualmente autênticos, em cópia única que será depositada nos arquivos do Governo do Reino dos Países Baixos, e da qual será enviada por via diplomática cópia certificada a cada um dos Estados-Membros da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado na data da Décima Quinta Sessão.	

- (1) Crê-se que, por um lapso, os tradutores tenham se esquecido de retirar esse trecho, traduzido no parágrafo posterior.
- (2) Não se entende o motivo pelo qual a equipe de tradutores fale, aqui, em "crédito". O termo aparece como equivalente ao termo "*trust*" neste artigo e em dispositivos subsequentes.
- (3) Foram mantidos os erros de digitação encontrados na tradução oficial publicada no sítio da Conferência.
- (4) Propõe-se a alteração dos tempos verbais de todos os dispositivos para atender ao disposto no art. 11, inciso I, alínea "d", da Lei Complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998, que exige dos textos legais uniformidade dos tempos verbais, com preferência ao tempo presente.
- (5) Neste dispositivo, o sentido da tradução é diametralmente oposto ao sentido da Convenção.

ANEXO 2
REPRESENTAÇÃO GRÁFICA DO USO DA TERRA (*USE OF LANDS*)



ANEXO 3
REPRESENTAÇÃO GRÁFICA DO *TRUST*



ANEXO 4
ALÍQUOTAS APLICÁVEIS AO PATRIMÔNIO DE
AFETAÇÃO PELO RET E PELO LUCRO PRESUMIDO

TRIBUTOS	LUCRO PRESUMIDO (%)	RET (%)
IRPJ	1,20	1,71
CSLL	1,08	0,37
COFINS	3,00	1,26
PIS	0,65	0,66
TOTAL	5,93	4,00

FONTE: Elaborado com base em SOUZA, Martelene Carvalhaes Pereira e. **Patrimônio de afetação, SPE, SCP e consórcio**: estruturação de negócios imobiliários e de construção civil. São Paulo: PINI, 2014. p.125.

ANEXO 5

PRINCIPAIS ASPECTOS DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

ASPECTO	OBSERVAÇÃO
O que engloba	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Terreno ▪ Acessões ▪ Receitas das vendas ▪ Receitas financeiras ▪ Saldo na conta corrente ▪ Débitos com fornecedores ▪ Dívidas trabalhistas, fiscais e previdenciárias ▪ Obrigações com agentes financeiros
O que não engloba	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra e à quitação de financiamento ▪ Preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida
Iniciativa	A critério do incorporador
Constituição	Termo de afetação averbado em cartório
Momento	A qualquer tempo
Características	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Universalidade ▪ Incomunicabilidade ▪ Autossustentação ▪ Inacessibilidade de credores externos ▪ Oponibilidade a terceiros
Comissão de representantes	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Recebe balancete trimestral ▪ Assume muitas funções se o incorporador falir
Remuneração do incorporador	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Fração ideal das unidades alienadas ▪ Excedente da construção
Extinção	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Averbação da construção; ou ▪ Denúncia da incorporação; ou ▪ Liquidação do PA ▪ Distrato
Falência do incorporador	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Assunção da obra pelos adquirentes; ou ▪ Liquidação do PA
Regime especial tributário	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Opcional (a qualquer tempo) e irrevogável ▪ Termo de opção (Receita Federal) ▪ Alíquota única: 6% sobre as receitas (1% no PMCMV) ▪ Termo de opção (Receita Federal) ▪ CNPJ próprio ▪ Não admite compensação nem parcelamento ▪ Melhor do que o Lucro Presumido (6,73%) ▪ Pode ser melhor ou pior do que o Lucro Real
Contabilidade	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Escrituração segregada para cada incorporação ▪ Rateio do custo indireto da incorporadora

FONTE: MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.113.

ANEXO 6

**PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE DE
PROPÓSITO ESPECÍFICO E DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO**

ASPECTO	DIFERENÇAS ENTRE PA E SPE	
	PA	SPE
Personalidade jurídica	Não é PJ própria	É PJ própria (S/A ou LTDA)
Contabilidade	Contabilidade própria	Contabilidade própria
Regime tributário	RET de 6% sobre a receita (opcional e irretroatável); RET de 1% para o PMCMV	Regime convencional (lucro real ou presumido)
Momento de constituição	Maior facilidade de adesão em qualquer tempo da obra	Dificuldade de constituição depois de iniciadas as obras
Movimentação de recursos entre empreendimentos	Vedado	Possível
Alienação de bens	Não há venda do terreno e bens entre incorporadora e PA	Transferência de terreno e bens da incorporadora para a SPE é venda (paga impostos)
Prestação de contas	Obrigatória e trimestral (balancete)	Não há regras
Comissão de representantes	Obrigatória. Tem muitas prerrogativas	Não obrigatória (exceto em obra a preço de custo, porém com menos prerrogativas)
Acompanhamento pelo adquirente	Mais fácil	Mais difícil
Falência do incorporador	Bens não entram na massa falida da incorporadora. Adquirentes podem concluir a obra	Bens entram na massa falida da incorporadora

FONTE: MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**: mais proteção para o adquirente. 2.ed. São Paulo: Pini, 2013. p.111.

ANEXO 7

FÓRMULA TUSA

Fórmula Tusa (desenvolvida por Gabriele Tusa e Fernando Curi Peres)

$$X = \frac{2(F + S)}{2(F+S)^2 + 2F + S} \cdot H$$

$$C = \frac{2F + S}{2(F + S)} \cdot X$$

onde:

X = o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos.

C = o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente.

H = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente.

F = número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

S = o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

FONTE: TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das sucessões. 9.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.6. p.253.

ANEXO 8

POLÊMICAS DOUTRINÁRIAS

DIREITO SUCESSÓRIO NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

QUADRO 1 - POLÊMICAS DIREITO SUCESSÓRIO NO CASAMENTO

AUTORES	NO REGIME DA COMUNÃO PARCIAL, O CÔNJUGE HERDA	FILIAÇÃO HÍBRIDA - CÔNJUGE
Caio Mario da Silva Pereira		Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Christiano Cassettari	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Eduardo de Oliveira Leite	Somente bens particulares	
Flávio Tartuce	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Francisco José Cahali	A norma contém defeito intransponível, trazendo uma previsão inviável e outra que comporta dupla interpretação. Necessária, com urgência, modificação legislativa	Com reserva de $\frac{1}{4}$
Giselda Maria Fernandes Hironaka	Somente bens particulares	Não há posição firme e definitiva. Jurisprudência variará perigosamente. Solução: mudança da lei (CC) ou consolidação de súmula, futuramente.
Guilherme Calmon Nogueira da Gama	Bens particulares e comuns	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Gustavo René Nicolau	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Inacio de Carvalho Neto	Bens particulares e comuns	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Jorge Shiguemitsu Fujita	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
José Fernando Simão	Somente bens particulares	Com reserva de $\frac{1}{4}$
Luiz Paulo Vieira de Carvalho	Bens particulares e comuns	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Maria Berenice Dias	Somente bens comuns	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Maria Helena Diniz	Bens particulares e comuns	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Maria Helena Marques Bracero Daneluzzi	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Mário Delgado	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Mario Roberto Carvalho de Faria	Bens particulares e comuns	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Rodrigo da Cunha Pereira	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Rolf Madaleno	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$
Sílvio de Salvo Venosa		Com reserva de $\frac{1}{4}$
Zeno Veloso	Somente bens particulares	Sem reserva de $\frac{1}{4}$

FONTE: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.224-225.

QUADRO 2 - POLÊMICAS DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL

UNIÃO ESTÁVEL					
AUTORES	CONCORRÊNCIA COM FILIAÇÃO HÍBRIDA	CONCORRÊNCIA COM O PODER PÚBLICO	DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO	CONCORRÊNCIA COM NETOS COMUNS
Caio Mario da Silva Pereira	Aplica-se o art. 1.790, I	Não		Sim	Aplica-se o art. 1.790, I
Christiano Cassetari	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Eduardo de Oliveira Leite		Não		Não	
Flávio Augusto Monteiro de Barros	Solução matemática	Não	Não	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Flávio Tartuce	Aplica-se o art. 1.790, II	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Francisco José Cahali	Aplica-se o art. 1.790, I	Sim	Não	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka	Não há posição firme e definitiva. Jurisprudência variará perigosamente. Solução: mudança da lei (CC) ou consolidação de súmula, futuramente.	Sim	Sim	Sim	Aplica-se o art. 1.790, I
Guilherme Calmon Nogueira da Gama	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Gustavo René Nicolau	Aplica-se o art. 1.790, II	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Inacio de Carvalho Neto	Aplica-se o art. 1.790, I	Sim	Não	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Jorge Shiguemitsu Fujita	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
José Fernando Simão	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Luiz Paulo Vieira de Carvalho	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Sim	Aplica-se o art. 1.790, I
Maria Berenice Dias	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Sim	Aplica-se o art. 1.790, III
Maria Helena Diniz	Aplica-se o art. 1.790, II	Não	Sim	Não	
Maria Helena Marques Bracero Daneluzzi	Aplica-se o art. 1.790, I	Sim	Sim	Não	
Marcelo Truzzi Otero	Aplica-se o art. 1.790, I	Não		Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Mário Delgado	Aplica-se o art. 1.790, I	Sim	Não	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Mario Roberto Carvalho de Faria	Aplica-se o art. 1.790, III	Não	Não	Não	Aplica-se a regra do art. 1.790, III
Nelson Nery Jr.		Não			
Roberto Senise Lisboa	Aplica-se o art. 1.790, I	Sim	Sim e usufruto	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Rodrigo da Cunha Pereira	Aplica-se o art. 1.790, I	Sim	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Rolf Madaleno	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira	Aplica-se o art. 1.790, II	Não	Sim	Não	Aplica-se o art. 1.790, I
Sílvio de Salvo Venosa	Aplica-se o art. 1.790, I	Não	Sim	Não	
Zeno Veloso	Aplica-se o art. 1.790, II	Sim	Sim	Não	

FONTE: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.227-228.